

Nicole Kafitz

**Der Kampf ums Schmerzensgeld im Vorfeld
des BGB von 1900 am Beispiel zweier
Reichsgerichtsurteile aus 1882**

Inauguraldissertation zur Erlangung des akademischen Grades
eines Doktors der Rechte der Universität Mannheim

Dekan: Prof. Dr. Ulrich Falk
Referent: Prof. Dr. Ulrich Falk
Koreferent: Prof. Dr. Pirmin Spieß
Tag der mündlichen Prüfung: 22. Dezember 2005

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I-IV
Kapitel 1: Einleitung	1
Kapitel 2: Zwei Urteile des Reichsgerichts – Ausdruck des Kampfes ums Schmerzensgeld im Vorfeld des BGB von 1900?	5
A. Die Sachverhalte	5
I. Der Sachverhalt des Falles <i>Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle</i>	5
1. Parteien und Verfahrensstand	5
2. <i>Amtliche Sammlung (RGZ)</i>	6
3. Zeitschrift für französisches Zivilrecht.....	7
4. Volltext der Entscheidung.....	9
5. <i>Reiffel</i>	10
6. Auswertung der Quellen	10
a) Die Parteien des Rechtsstreits.....	10
b) Materielle und immaterielle Schadenskomponenten	11
II. Der Sachverhalt des Falles <i>Steup gegen Kolb</i>	13
1. Parteien und Verfahrensstand	13
2. <i>Amtliche Sammlung (RGZ)</i>	13
3. <i>Seuffert's Archiv</i>	15
4. Volltext der Entscheidung.....	15
III. Gegenüberstellung der beiden Sachverhalte.....	16
B. Das damals geltende Recht	21
I. Rechtliche und politische Gegebenheiten 1882	21
1. Auf dem Weg zur Rechtseinheit im materiellen Privatrecht	21

2.	Das Reichsgericht als Garant für einheitliche Rechtsprechung.....	26
II.	Der Fall <i>Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle</i>	32
1.	Der französische Code Civil.....	32
a)	Die Entstehung des napoleonischen Gesetzgebungswerks.....	32
b)	Der Code Civil als Sicherung der revolutionären Errungenschaften und Stifter von Rechtseinheit.....	35
c)	Der Code – die codifizierte Vernunft	37
d)	Das System des Code Civil	38
e)	200 Jahre Geltung des Code Civil weit über Frankreichs Grenzen hinaus.....	39
f)	Die "deutsche" Rezeption des Code Civil.....	40
2.	Die rechtlichen Argumente des II. Senats	43
a)	Beobachtungen zur Spruchpraxis des Reichsgerichts im Hinblick auf die Bindung an das Gesetz vor dem Inkrafttreten des BGB.....	45
b)	<i>Wortlaut und Wille des Gesetzes</i> in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB.....	48
c)	Der Wortlaut des Gesetzes im vorliegenden Fall.....	52
d)	Der <i>Wille des Gesetzes</i> im vorliegenden Fall.....	54
e)	Überzeugende Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis?.....	60
f)	Sonderfall <i>Angehörigenschmerzensgeld</i>	64
3.	Ergebnis	66
III.	Der Fall <i>Steup gegen Kolb</i>	66
1.	Die Unsicherheit über den Begriff des gemeinen Rechts ...	67
2.	Das gemeine Recht im 19. Jahrhundert.....	69
3.	Die vom III. Senat gewählte(n) Rechtgrundlage(n).....	72
a)	Schmerzensgeld im Römischen Recht.....	75
b)	Schmerzensgeld bei den Glossatoren und Kommentatoren	79

c)	Schmerzensgeld aus Artikel 20 und 21 der Carolina?	79
d)	Schmerzensgeld im sächsischen Recht des 16. und 17. Jahrhunderts (<i>Carpzov</i>)	82
e)	Schmerzensgeld in der Praxis des 16.-18. Jahrhunderts	84
f)	Schmerzensgeld in Literatur und Praxis des 19. Jahrhunderts	85
g)	Zwischenergebnis	89
4.	Die rechtlichen Argumente des III. Senats	90
a)	Überzeugende Bezugnahme auf die "in der heutigen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis allgemein angenommene Ansicht"?	91
b)	Gemeines deutsches Gewohnheitsrecht	92
c)	"Neueste Entwicklungen" in der Gesetzgebung als Beleg?	99
5.	Zur Rechtsnatur: Keine Privatstrafe, sondern zivilrechtlicher Ersatzanspruch?	111
6.	Ergebnis	116
IV.	Zusammenfassende Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen der Entscheidungen	118
C.	Die Rechtspolitik	121
I.	Allgemeines zur Entstehung des BGB	122
II.	Überblick zur Entstehungsgeschichte des § 847 BGB	123
1.	Der Dresdner Entwurf von 1866	123
2.	Der Erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1887	124
3.	Die weitere Entwicklung	131
III.	Der Einfluss der Urteile	132
1.	Das Urteil des II. Senats	132
2.	Das Urteil des III. Senats	136

IV.	Ergebnis	141
Kapitel 3:	Exkurs: Die Entwicklung des Schmerzensgeldes nach Inkrafttreten des BGB im Überblick.....	143
A.	Funktionen des Schmerzensgeldes	143
B.	Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 847 BGB a.F. auf den Ehrenschatz	146
C.	Gesetzgebungsinitiativen	148
D.	Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften	151
Kapitel 4:	Schlussbemerkungen.....	159
Anhang:	Materialien	161
I.	Zum Urteil des II. Senats vom 27. Juni 1882 in der <i>Eisenwerk Kaiserslautern</i> gegen <i>Wilhelm</i> und <i>Henle</i>	161
	1. Faksimile der Urteils-Abschrift	161
	2. Transkription der Urteils-Abschrift	166
II.	Zum Urteil des III. Senats vom 17. November 1882 in der "<i>Steup gegen Kolb</i>"	172
	1. Faksimile der Urteils-Abschrift	172
	2. Transkription der Urteils-Abschrift	176
	3. Faksimile eines Auszuges aus der Notizensammlung.....	181
	4. Transkription des relevanten Teiles des Auszuges aus der Notizensammlung.....	182
	Literaturverzeichnis.....	183
	Abkürzungsverzeichnis.....	217

Kapitel 1: Einleitung

Der Code Civil, der die Freiheit der Person, des Eigentums sowie die Gleichheit vor dem Gesetz zur Grundlage eines neuen bürgerlichen Rechts machte, wurde im vergangenen Jahr 200 Jahre alt. Seine große geschichtliche Bedeutung lag darin, dass er dazu bestimmt war, die revolutionären Errungenschaften von 1789 zu sichern und über ganz Europa auszubreiten.

Im deutschen Sprachraum war die Übernahme des Code Civil teils Folge der politischen Veränderungen, teils Ausdruck des Wunsches nach einem universell geltenden Rechtssystem.

Bei der Untersuchung der "deutschen" Rezeption des Code Civil fällt eine Reichsgerichtsentscheidung des II. Zivilsenats aus dem Jahre 1882¹ ins Auge, die viel Kritik erfahren hat, da sie sich scheinbar willkürlich in Gegensatz zur ständigen französischen Rechtsprechung zum Schmerzensgeld setzte, indem sie den Ersatz eines *dommage moral* als dem Willen des Code Civil nicht entsprechend ablehnte. Eine Entscheidung des III. Zivilsenats des Reichsgerichts², die nur wenige Monate später ergangen war, sprach hingegen Schmerzensgeld – wiederum aus grundsätzlichen Erwägungen heraus – zu.

Mit Blick darauf, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der beiden erwähnten Entscheidungen 1882 bereits die erste BGB-Kommission eingesetzt war, stellt sich die Frage, wie das Reichsgericht, das nach der Reichsgründung 1871 im Jahre 1879 vor allem zu dem Zweck gegründet worden war, der bestehenden Rechtszersplitterung entgegenzuwirken, die Grundsatzfrage nach der generellen Gewährung von Schmerzensgeld genau entgegengesetzt beantworten konnte.

¹ RGZ 7, 295.

² RGZ 8, 117.

Ziel dieser Arbeit ist es, im Wege einer rechtshistorischen Einordnung der Urteile, den Ursachen hierfür auf den Grund zu gehen.

Im Einzelnen wird zu untersuchen sein, ob schon die unterschiedlichen Sachverhalte, die den beiden Entscheidungen zu Grunde lagen, unweigerlich zu unterschiedlichen Entscheidungen führen mussten. (vgl. hierzu Kapitel 2.A.)

War dies nicht der Fall, lag die Ursache vielleicht darin, dass die Senate aufgrund der Rechtszersplitterung in Deutschland unterschiedliche Rechtsgrundlagen heranziehen mussten, die zudem aus unterschiedlichen Rechtstraditionen stammten? (vgl. hierzu Kapitel 2.B.)

Zuletzt wird zu untersuchen sein, ob die beiden Urteile nicht in erster Linie Ausdruck des Konfliktes zweier rechtspolitischer Grundhaltungen waren, die nach Umsetzung im entstehenden BGB strebten. (vgl. hierzu Kapitel 2.C.)

Abrunden soll die Betrachtungen ein Überblick über die Entwicklung des Schmerzensgeldes seit Inkrafttreten des BGB. (vgl. hierzu Kapitel 3)

Dem Begriff des *Schmerzensgeldes*³ kommt in der vorliegenden Arbeit zentrale Bedeutung zu. Nach geltendem deutschen Recht versteht man unter *Schmerzensgeld* die seit dem 1.8.2002 in § 253 Abs. 2 BGB geregelte billige Entschädigung von Nichtvermögensschäden in Geld.

Der Verfasser einer historischen Arbeit muss indessen berücksichtigen, dass unter Schmerzensgeld aus historischer Perspektive grundsätzlich ein Dreifaches verstanden werden kann:

- Eine Entschädigung, die ausschließlich mit Rücksicht auf erlittene Körperschmerzen gewährt wird (reines Schmerzensgeld),

³ Verwendetes Synonym: moralischer Schaden (abgeleitet vom frz. *dommage moral*).

- eine Entschädigung, die über die körperlichen Schmerzen hinaus auch andere Nichtvermögensschaden umfasst (Schmerzensgeld im weiteren Sinne)⁴ sowie
- eine Entschädigung, die zwar äußerlich an eine Schädigung immaterieller Güter anknüpft, ihrem Wesen nach aber dazu dient, Vermögensschäden – meist solche, die nicht genau bezifferbar sind – auszugleichen (Schmerzensgeld im uneigentlichen Sinne).

⁴ Schmerzensgeld im Sinne des BGB.

Kapitel 2: Zwei Urteile des Reichsgerichts – Ausdruck des Kampfes ums Schmerzensgeld im Vorfeld des BGB von 1900?

Mit Urteil vom 27. Juni 1882 versagte das Reichsgericht als Revisionsgericht in der Sache *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle*⁵ den Klägern und Revisionsbeklagten den Ersatz des *moralischen Schadens*; hingegen bestätigte es in der Sache *Steup* gegen *Kolb* mit Urteil vom 17. November desselben Jahres⁶ die Verpflichtung des dortigen Beklagten, dem Kläger ein so genanntes Schmerzensgeld zu entrichten.

A. Die Sachverhalte

Zwei dem Reichsgericht innerhalb nur eines halben Jahres zur Entscheidung vorliegende Fälle führen zu entgegengesetzten Ergebnissen hinsichtlich des Ersatzes immaterieller Schäden. Was liegt näher, als die Ursache für diese alltägliche Erscheinung der deutschen Gerichtspraxis in der Unterschiedlichkeit der den beiden Entscheidungen zu Grunde liegenden Lebenssachverhalte zu suchen?

I. Der Sachverhalt des Falles *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm und Henle*⁷

1. Parteien und Verfahrensstand

Kläger der ersten Instanz und spätere Revisionsbeklagte waren die Eheleute *Peter Wilhelm* und *Friederike Henle*.⁸ Beklagte und spätere

⁵ Az. II 276/82, Volltext als Faksimile mit Transkription im Anhang, auszugsweise abgedruckt in RGZ 7, 295.

⁶ Az. III 321/82, Volltext als Faksimile mit Transkription im Anhang, auszugsweise abgedruckt in RGZ 8, 117.

⁷ RGZ 7, 295.

⁸ Klägervertreter war Justizrat Hermann Mecke (Preuße), geb. 3.2.1834. (Zusammenfassung der juristischen Werdegänge bei BOYENS, Rechtsanwälte des Reichsgerichts (1904), S. 147).

Revisionsklägerin war die Aktiengesellschaft *Eisenwerk Kaiserslautern*⁹

Vor dem Landgericht Kaiserslautern hatten die Eheleute *Wilhelm* und *Henle* Klage auf Schadensersatz gegen das *Eisenwerk Kaiserslautern* erhoben; diese wurde abgewiesen. Daraufhin legten die Kläger Berufung zum Oberlandesgericht Zweibrücken ein, das das *Eisenwerk* unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils Anfang 1882 dazu verurteilte, an die Kläger Schadensersatz zu leisten. Gegen dieses Urteil legte das *Eisenwerk* Revision ein und beantragte, das angefochtene Urteil aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen; die Kläger und nunmehrigen Revisionsbeklagten beantragten Zurückweisung der Revision.

2. Amtliche Sammlung (RGZ)

Aus dem im siebten Band der *Amtlichen Sammlung*¹⁰ des Reichsgerichts abgedruckten Ausschnitt des Urteils vom Juni 1882 erfährt man zunächst nur, dass dem Rechtsstreit der Verlust eines einzigen Sohnes zugrunde gelegen hat. Ansonsten beschränkt sich die Entscheidungssammlung auf die Wiedergabe der tragenden Entscheidungsgründe in rein rechtlicher Hinsicht. Schon hier deutet sich an, welche geringe Bedeutung man dem Lebenssachverhalt beigemessen haben muss, wenn er sich nur in einem kurzen Halbsatz zu Beginn der Darstellung widerspiegelt.

⁹ Die Beklagte vertrat Justizrat Dr. Alfred Lüntzel (Preuße), geb. 30.8.1833 (Zusammenfassung der juristischen Werdegänge bei **BOYENS**, Rechtsanwälte des Reichsgerichts (1904), S. 147).

¹⁰ Abgesehen von der "Amtlichen Sammlung" wurden die Reichsgerichtsentscheidungen sowohl in Zeitschriften wie etwa der "Juristischen Wochenschrift" als auch in verschiedenen Sammlungen veröffentlicht. Die Entscheidungen in der JW haben ziffernmäßig einen größeren Anteil als die in der "Amtlichen Sammlung". Letztere Sammlung enthält maximal 10% der Entscheidungen, wohingegen die JW oftmals bis zu 20-30% der Urteile eines Jahrgangs oder Quartals abdruckte (Vgl. **SCHUBERT**, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des RG in ZS (1992), Einl. S. 1).

3. Zeitschrift für französisches Zivilrecht

Glücklicherweise ist *Puchelts* Zeitschrift für französisches Zivilrecht¹¹ etwas großzügiger mit der Sachverhaltsdarstellung:

Konrad Wilhelm, der 19-jährige einzige Sohn der Kläger, war als Arbeiter bei der Aktiengesellschaft *Eisenwerk Kaiserslautern* angestellt. Das *Eisenwerk* hatte sich durch Vertrag mit der Saarbrücker Bahn zum Bau und zur Aufstellung einer Gitterbrücke über die Mosel in der Nähe von Blettingen verpflichtet. Es stellte die Brücke fertig und beauftragte einen Herrn *Legras* mit deren Aufstellung gegen eine Pauschalsumme. *Legras* verpflichtete sich u.a. dazu, zur Überwachung der Arbeiten einen vom *Eisenwerk* abgeordneten Ingenieur nebst zwei Arbeitern zuzulassen. Unter den beiden vom *Eisenwerk* abgeordneten Arbeitern war auch *Konrad Wilhelm*. Er und sein Kollege waren unter den Befehl des *Legras* gestellt. Sie erhielten außer dem vertragsgemäßen Lohn noch einen Zuschuss vom *Eisenwerk*. *Legras* wurden sämtliche Werkgerätschaften zur Verfügung gestellt, die nach vollendeter Arbeit wieder zurückzuerstatten waren. Im August 1879 befand sich der Sohn der Kläger am unteren Teil der Gitterbrücke, die gerade aufgestellt wurde, und wurde durch ein herabfallendes Werkstück, einen so genannten "Türck", so schwer am Kopf getroffen, dass er bald darauf starb.

Ende 1879 erhoben die Eltern des Getöteten Klage gegen das *Eisenwerk* vor dem Landgericht Kaiserslautern und beantragten als Ersatz des durch die Tötung ihres einzigen Sohnes ihnen zugefügten Schadens eine Summe von 10.000 Mark.¹² Sie trugen vor, der Unfall sei durch das Verschulden des *Legras* verursacht worden und das *Eisenwerk* habe für dieses Verschulden einzustehen. Das Landgericht wies die Klage nach Erhebung

¹¹ Bd. 14 (1883), S. 261 ff.

¹² Das durchschnittliche Jahreseinkommen lag 1880 bei 545 Mark (vgl. HOHORST/KOCKA/RITTER, Sozialgeschichtliches Arbeitsbuch (1975), S. 107), so dass der normal verdienende Deutsche für die beantragte Summe hätte ca. 18 Jahre arbeiten müssen.

der angebotenen Beweise mit Urteil vom 1. Juli 1881 ab; es nahm an, das Verschulden des *Legras* sei zwar erwiesen, jedoch sei die Beklagte unter den vorliegenden Umständen für die Handlungen des *Legras* nicht verantwortlich. Gegen dieses Urteil legten die Kläger Berufung ein. Das Oberlandesgericht Zweibrücken verurteilte das *Eisenwerk* am 10. Januar 1882 unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils, an die Kläger eine Entschädigungssumme von 5.000 Mark nebst Zinsen vom Tage der Klage zu zahlen.

Auch *Puchelts* Darstellung lässt jedoch wiederum wesentliche Sachverhaltsfragen offen. So bleiben die genauen Umstände des Unfalles, insbesondere jedoch die Zusammensetzung der beantragten und zunächst vom Oberlandesgericht Zweibrücken zugesprochenen Entschädigungssumme aus materiellen und/oder immateriellen Komponenten unerwähnt. Handelt es sich um einen rein immateriellen Schaden, also in der französischen Terminologie *dommage moral*, oder spielen auch materielle Aspekte etwa dahingehend eine Rolle, dass der Sohn als Ernährer der Familie bzw. Versorger seiner Eltern im Alter ausgefallen ist?

Wenn in dem auszugsweise wiedergegebenen Urteil zu lesen ist

"Rechtsirrtümlich erscheinen die Erwägungen, welche sich auf die Schadensfestsetzung beziehen, insofern das Oberlandesgericht auch den moralischen Schaden, der in dem Verluste eines einzigen Sohnes bestehe, als maßgeblich in Betracht zieht."¹³,

so scheint dies gegen einen ausschließlich *moralischen Schaden* zu sprechen.

¹³ RGZ 7, 295.

4. Volltext der Entscheidung¹⁴

Erst die Lektüre des Originaltextes der Entscheidung schließt noch ein paar, wenn auch nicht alle, Sachverhaltslücken, indem es aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Zweibrücken zitiert.

So erfährt der Leser, dass *Legras* einem anderen Arbeiter befohlen hatte, ein Versteifungsstück einzufügen und dabei übersehen worden war, dass infolgedessen sich der Türck lösen und herabfallen musste. Diese Arbeit war vorgenommen worden, ohne vorher nachzusehen, ob sich jemand unter der Brücke¹⁵ befindet, auch waren keine Vorkehrungen getroffen worden, um das Herabfallen zu verhindern.

Auch ein weiteres Mosaik zur Beantwortung der oben aufgeworfenen Frage über die Zusammensetzung der Entschädigungssumme vermag der Originaltext beizusteuern, indem das Reichsgericht eine Passage aus dem vorinstanzlichen Urteil des Oberlandesgerichts Zweibrücken wiedergibt:

""Was die Entschädigung betreffe, so habe der Getötete von seinem durchschnittlichen Verdienst von 2-3 M. den Tag den größten Theil seinem Vater überlassen, und wenn dieser auch als Werkführer einen Jahresgehalt beziehe und einige Liegenschaften besitze, so erleide er doch immerhin einen Schaden, der bei abnehmender Arbeitskraft noch empfindlicher werden könne.""¹⁶

¹⁴ Die im Folgenden in Bezug genommenen Originalentscheidungen des Reichsgerichts entstammen der "Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen", die ursprünglich zur Bibliothek des Reichsgerichts gehörte und nach 1949 in die Bibliothek des Obersten Gerichts der DDR gelangte. Nach Inkrafttreten des Einigungsvertrages wurde der Bestand in die Bibliothek des Bundesgerichtshofes in Karlsruhe übernommen. Der Bestand enthält nur Abschriften der Urteile mit Begründungen ohne die Prozessakten (Originalurteil, Verhandlungsprotokoll, Urteil des Berufungsgerichts, Revisionschriften der Rechtsanwälte, Voten der Berichterstatter). Die vorinstanzlichen Urteile hingegen wurden im Krieg zerstört.

¹⁵ Im Originaltext (S. 3) ist von einer "Halle" die Rede anstatt von der Brücke, um die es die ganze Zeit geht; es handelt sich hierbei wohl um einen Diktatfehler.

¹⁶ Originaltext, S. 3 unten.

""Außerdem enthalte der Verlust eines einzigen Sohnes unter allen Umständen einen moralischen Schaden. Bei Zusammenfügung aller Momente erscheine eine Summe von 5.000 M. angemessen.""¹⁷

5. Reiffel¹⁸

Eher beiläufig erwähnt schließlich *Reiffel*, Landgerichtsdirektor in Kaiserlautern, in seiner ausführlichen Abhandlung über den Ersatz des moralischen Schadens, nach der Aufhebung des Urteils des Oberlandesgerichts Zweibrücken habe sich ergeben, dass die 5.000 Mark als Gesamtschadenssumme ausgesprochen worden seien, wovon auf den moralischen Schaden 500 Mark entfielen¹⁹.

6. Auswertung der Quellen

Die Besonderheiten des Sachverhaltes liegen zum einen in der Konstellation auf Kläger- und Beklagten Seite bzw. materiell-rechtlich auf der Rechtsgrund- sowie auf der Rechtsfolgen Seite.

a) Die Parteien des Rechtsstreits

In Anspruch genommen wird nicht etwa *Legras*, von dessen Verschulden am Tod des *Konrad Wilhelm* das Landgericht nach der Beweiserhebung überzeugt war, sondern Beklagte ist die Aktiengesellschaft *Eisenwerk Kaiserslautern* als Arbeitgeberin des Getöteten. Auch für das Oberlandesgericht bestand kein Zweifel daran, dass der Unfall durch die Unvorsichtigkeit des *Legras* verursacht worden war. Fraglich war demnach lediglich die Haftbarkeit des *Eisenwerks* für dieses Verschulden des

¹⁷ Originaltext, S. 3/4.

¹⁸ REIFFEL, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691 ff.

¹⁹ REIFFEL, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691, 709.

Legras. Das Landgericht verneinte diese Frage, das Oberlandesgericht hingegen vertrat die Auffassung,

"es sei Legras diesen Arbeitern gegenüber als préposé der Beklagten im Sinne des Artikels 1384 Code civil zu betrachten, und sei letztere danach für den in Frage stehenden Unfall haftbar."²⁰

Darin wurde das Oberlandesgericht durch das Reichsgericht ausdrücklich bestätigt, das zur weiteren Begründung der Haftbarkeit des *Eisenwerks* noch § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes heranzog.

Auf der Klägerseite stehen die Eltern eines getöteten Sohnes. Sie begehren nicht etwa im Wege erbrechtlicher Gesamtrechtsnachfolge Ersatz für den Schaden, den ihr Sohn erlitten hat, sondern verlangen Kompensation ihres eigenen Schadens, der ihnen durch den Verlust des einzigen Sohnes zugefügt worden ist. Ein klassischer Fall von *Angehörigenschmerzensgeld* also?

b) Materielle und immaterielle Schadenskomponenten

Offenbar setzten sich die beantragten 10.000 Mark sowohl aus materiellen wie aus immateriellen Komponenten zusammen. Denn, wie das kleine Wörtchen "auch"²¹ schon vermuten ließ, hatte der Getötete mit dem größten Teil seines Verdienstes von 2-3 M. pro Tag²² den Lebensunterhalt der Eltern mitbestritten. Die Bedeutung dieser finanziellen Unterstützung der Eltern durch den Sohn war überdies in Anbetracht der (wohl altersbedingt) abnehmenden Arbeitskraft des Vaters im Wachsen begriffen. Das Oberlandesgericht hatte nach Angaben *Reiffels*²³ den Anteil des immateriellen Schadens mit 500 Mark von anfangs zugesprochenen 5.000 Mark beziffert. Anscheinend verurteilte es die Beklagte nach Zurückverweisung durch das Reichsgericht unter Beachtung der Rechtsansicht des Revisions-

²⁰ Originaltext, S. 4

²¹ Vgl. Zitat aus RGZ 7, 295 (oben, S. 7).

²² Konrad Wilhelm war also Durchschnittsverdiener.

²³ Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691, 709.

gerichts, also unter außer Acht lassen des moralischen Schadens, zur Zahlung eines Schadensersatzes in Höhe von 4.500 Mark.

Worin dieser rein materielle Schaden über den Unterhalt hinaus bestanden hat, bleibt der Spekulation vorbehalten – Beerdigungskosten womöglich, oder vielleicht auch Arztkosten für die Behandlung des Sohnes kurz vor seinem Tod?

Außerdem fällt auf, dass entgegen des von *Reiffel* geschilderten Verhältnisses zwischen materiellem und immateriellem Schaden von 1:9 das Reichsgericht anscheinend den Anteil des immateriellen Schadens weitaus höher bewertete, wenn es formulierte:

"Da hiernach die Schadensfestsetzung in einem wesentlichen Theile auf irriger Rechtsansicht beruht, so war die Entscheidung aufzuheben und die Sache, welche zur Entscheidung nicht reif erscheint, in die zweite Instanz zurück zu verweisen."

Eine scharfe Trennlinie zu ziehen zwischen materiellem und immateriellem Schaden bleibt nicht nur aufgrund der Sachverhaltslücken ein aussichtsloses Unterfangen, sondern war offenbar auch dem Reichsgericht selbst in Kenntnis aller tatsächlichen Umstände des Falles nicht möglich oder auch gar nicht gewollt.

Fest steht, dass das Reichsgericht es ablehnte, für den *moralischen Schaden* der Kläger, wie hoch er auch gewesen sein mag, eine Entschädigung zu gewähren.

II. Der Sachverhalt des Falles *Steup gegen Kolb*²⁴

1. Parteien und Verfahrensstand

Kläger der ersten Instanz und späterer Revisionsbeklagter war ursprünglich der Bürgermeister a.D. *Wilhelm Kolb* zu Marienberg, später seine Witwe.²⁵ Beklagter und späterer Revisionskläger war der Landmann *Daniel Steup* zu Stockhausen.²⁶

Vor dem Landgericht Limburg hatte der Kläger *Wilhelm Kolb* den Landmann *Steup* erfolglos auf Schadensersatz verklagt. Auf die beim ersten Zivilsenat des Königlich Preußischen Oberlandesgerichts zu Frankfurt am Main eingelegte Revision wurde der Beklagte hingegen verurteilt. Gegen dieses Urteil legte der Beklagte *Steup* Revision vor dem Reichsgericht ein und beantragte, das angefochtene Urteil aufzuheben und das klageabweisende Urteil der ersten Instanz wieder herzustellen; der Kläger und Revisionsbeklagte *Kolb* beantragte Zurückweisung der Revision.

2. Amtliche Sammlung (RGZ)

Im achten Band der Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen sind die Entscheidungsgründe des Urteils vom November 1882 nahezu vollständig wiedergegeben.

Danach hatte der Berufungsrichter als erwiesen angenommen, dass der Beklagte *Steup* dem Kläger *Kolb* Ostern 1862 mit einem Messer in die rechte Wange gestochen hatte, die Klinge abgebrochen war, das abge-

²⁴ RGZ 8, 117.

²⁵ Klägervertreter war Justizrat Dr. Karl Wilhelm Braun (Preuße), geb. 20.3.1833 (Zusammenfassung der juristischen Werdegänge bei **BOYENS**, Rechtsanwälte des Reichsgerichts (1904), S. 146).

²⁶ Den Beklagten vertrat Justizrat Gottfried Ludwig Fenner (Preuße), geb. 2.12.1829 (Zusammenfassung der juristischen Werdegänge bei **BOYENS**, Rechtsanwälte des Reichsgerichts (1904), S. 147).

brochene Stück in dem Wangenknochen des Klägers stecken blieb und erst im Februar 1878 ärztlich entdeckt und entfernt wurde.

Infolge dieses Vorfalles war der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts fast 16 Jahre lang krank und häufig arbeitsunfähig gewesen, hatte teilweise starke Schmerzen erlitten und musste vielfach ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen; auch sein Vermögen hatte Schaden genommen.

Das Reichsgericht war der Auffassung, im Hinblick auf die überaus peinvollen und vieljährigen Nachwehen der klägerischen Verletzung sei in der Entscheidung des Berufungsrichters, der eine Entschädigungssumme von 3.000 Mark²⁷ ausgeworfen hatte, kein Rechtsverstoß zu erkennen, und wies die Revision des Beklagten zurück.

Wiederum stellt sich die Frage, wie sich diese Entschädigungssumme im Einzelnen zusammensetzte. Es sind lediglich einige Hinweise auszumachen, dass der Kläger sowohl materielle als auch immaterielle Schadenspositionen, nämlich Ersatz des positiven Schadens, seines entgangenen Gewinns und ein Schmerzensgeld geltend machte. Hierauf weisen zunächst der letzte Halbsatz des ersten Absatzes

"(...) und auch an seinem Vermögen Schaden gelitten hat."²⁸

sowie der sich daran anschließende Absatz

"Dies sind die thatsächlichen Feststellungen auf Grund der erhobenen Beweise, die in rechtlicher Beziehung ebenso wenig Bedenken erregen, als die vom Berufungsrichter daran geknüpfte Schlußfolgerung, dass der Beklagte nach den Grundsätzen des aquilischen Gesetzes verpflichtet sei, dem Kläger

²⁷ Diese Summe entsprach ca. 5 Jahreseinkommen. Vergleicht man den Wert eines Warenkorbes damals und heute, so wäre dieser Betrag heute ca. 18.000 € wert.

²⁸ RGZ 8, 117.

Ersatz seines positiven Schadens und seines entgangenen Gewinnes zu leisten, auch ihm ein den Verhältnissen angemessenes Schmerzensgeld zu entrichten. "²⁹

hin. Die hierauf folgende Urteilspassage befasst sich dann ausschließlich mit der "letztgedachte(n), vom Revisionskläger im besonderen angegriffene(n) Entscheidung", also der Zubilligung von Schmerzensgeld.

3. Seuffert's Archiv

Ein Beitrag in *Seuffert's Archiv* für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten³⁰ gibt sogar ausschließlich die rechtlichen Ausführungen des Reichsgerichts zur Frage nach dem Anspruch auf Schmerzensgeld wieder, unter vollkommener Außerachtlassung des Sachverhaltes.

4. Volltext der Entscheidung

Hofft man darauf, das Original-Urteil des Reichsgerichts würde in seinem Tatbestand weitere Details zum Lebenssachverhalt des Falles offenbaren, so wird man diesmal schon beim Lesen des ersten Satzes des Tatbestandes enttäuscht, indem pauschal auf den mündlich vorgetragenen Tatbestand des Erkenntnisses der vorigen Instanz verwiesen wird. Als zusätzliche Sachverhaltsinformation bietet der Tatbestand des Reichsgerichtsurteils lediglich, dass der Kläger *Kolb*, Bürgermeister a.D., inzwischen verstorben und von seinen fünf Kindern beerbt worden war, während seine Witwe den Nachlass beleibzichtigt und aufgrund dieses Leibzuchtrechts³¹ den Rechtsstreit nach dem Tod ihres Mannes aufgenommen hatte.

²⁹ RGZ 8, 117.

³⁰ SA, Bd. 38 (1883), Nr. 121, S. 159 ff.

³¹ Auch Leibzucht oder Lebzucht, Leibrente, häufig für die Frau als Witwenversorgung, Recht auf Lebensunterhalt aus Rente oder Nießbrauch auf Lebenszeit (Deutsches Rechtswörterbuch – DRW-Online).

Was sich schon durch vereinzelte Formulierungen andeutete, wird durch den Einleitungssatz des vorletzten, von Literatur und RGZ nicht zitierten Absatzes der Entscheidungsgründe bestätigt: Es gab neben dem beantragten Schmerzensgeld noch "übrige Positionen der Klage"³². Außerdem betrug der Wert des Streitgegenstandes ausweislich des Original-Urteils "5400 - 6700 M.", also 2.400 bis 3.700 Mark mehr als das zugesprochene Schmerzensgeld in Höhe von 3.000 Mark.

Im Übrigen klingen nur noch prozessuale Randprobleme, wie die Nichterhebung angebotener Beweise und die Unwirksamkeit einer Verzichtserklärung infolge eines Irrtums, an.

III. Gegenüberstellung der beiden Sachverhalte

Das Reichsgericht hatte mit dem Tod des einzigen Sohnes auf der einen und 16 Jahren peinvollen Schmerzen am eigenen Körper auf der anderen Seite jeweils über extreme Lebenssituationen zu befinden. Musste in diesen beiden Fällen das Reichsgericht zwangsläufig zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, da diese beiden Sachverhalte nichts anderes zuließen?

Ein erster Blick lässt das plausibel erscheinen, handelte es sich doch in dem einen Fall um das vieldiskutierte Thema *Angehörigenschmerzensgeld*, während in dem anderen Fall "nur" der eigene Schaden kompensiert werden sollte.

Die rechtliche Würdigung dieser Konstellationen soll dem nächsten Kapitel vorbehalten bleiben; konzentriert man sich ausschließlich auf die Sachverhalte als Ursache der Unterschiedlichkeit der Ergebnisse, so bestätigt sich der erste Verdacht nicht. Die Sachverhalte spielten für das Gericht je-

³² Originaltext, S. 3.

weils nur eine ganz untergeordnete Rolle; Besonderheiten des Einzelfalles blieben weitestgehend außen vor.

So argumentiert zwar das Gericht im Fall des Messerstiches und dort nur im Zusammenhang mit der Höhe der Entschädigungssumme mit Sachverhaltsaspekten, nämlich den "überaus peinvollen und vieljährigen Nachwehen der klägerischen Verletzung"³³, und auch die Zurechnung des Verschuldens des *Legras* wird mit Sachverhaltssubsumtion untermauert; im Zusammenhang mit der Ersatzfähigkeit gerade des moralischen Schadens bleiben die Sachverhalte allerdings in den Gründen beider Entscheidungen vollkommen unerwähnt. Vielmehr liegt der Schwerpunkt der Argumentationen in der sachverhaltsunabhängigen Kernfrage "Schmerzensgeld ja oder nein?".

So stehen bei der Sache *Eisenwerk* gegen *Wilhelm* und *Henle* Argumente wie der Wille des Gesetzes, der Vergleich mit dem Verständnis von *dommage* in anderen Bestimmungen desselben Gesetzes, der Mangel einer ausdrücklichen Gesetzesbestimmung sowie die Ablehnung einer reinen Privatstrafe im Mittelpunkt. Im Falle des Messerstiches stützt sich das Gericht auf eine in der damaligen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis allgemein angenommene Ansicht resultierend aus gemeinem deutschen Gewohnheitsrecht mit seinem Ausgangspunkt in der Carolina, seiner Ausbildung zu *Carpzovs* Zeiten, bestätigt durch aktuelle Entwicklungen in einer Reihe neuerer deutscher Gesetzgebungen.

Diese Schwerpunktbildung spiegelt sich, wie oben erwähnt, auch in der *Amtlichen Sammlung* des Reichsgerichts wieder, die im Falle *Eisenwerk* gegen *Wilhelm* und *Henle* sogar einen einzigen Halbsatz zum Sachverhalt für ausreichend erachtete.

Indes war es nichts Ungewöhnliches, dass in der *Amtlichen Sammlung* der Tatbestand nur summarisch wiedergegeben wurde – eventuell sogar ganz

³³ RGZ 8, 117, 118/119.

fehlte.³⁴ Nach Ansicht von *Schubert*³⁵ und *Möller*³⁶ belege diese Verfahrensweise, dass das Reichsgericht sich bei dem Abdruck der Entscheidungen auf das für das jeweilige Sachproblem Relevante beschränkt habe; es seien in der *Amtlichen Sammlung* nur die Passagen wiedergegeben, die für die Entscheidung einer Rechtsfrage von Bedeutung gewesen seien. Auch dieser Wertung zu Folge waren also die Sachverhalte für die Entscheidungen nicht maßgebend; sie scheinen für die vom Reichsgericht in diesen beiden Entscheidungen allein relevante Frage, ob es Ersatz für immateriellen Schaden geben soll oder nicht, beliebig austauschbar, solange das Ergebnis stimmt. Zumindest im Falle *Eisenwerk* gegen *Wilhelm* und *Henle* wird deutlich, dass es dem Reichsgericht gerade auf das richtige Ergebnis im Bezug auf den moralischen Schaden und nicht auf das Gesamtergebnis ankam. Der zweite Schwerpunkt des Falles nämlich lag auf der Frage, ob das Verschulden des *Legras* dem Eisenwerk zuzurechnen war. Das Reichsgericht hätte also genauso gut die Möglichkeit gehabt, den Klägern unter Verweis auf die mangelnde Zurechenbarkeit jeglichen Schadensersatz zu verwehren. Oder wollte man den Eltern des getöteten Kindes wenigstens den Ersatz des materiellen Schadens zugestehen?

Hier öffnet sich das weite Feld der Spekulation. Die Sachverhalte jedenfalls spielten in den beiden Fällen nur die Rolle, die sie unbedingt spielen mussten und bei genauerem Hinsehen, mit Blick auf die fehlende Differenzierung zwischen materiellen und immateriellen Schadenskomponenten mit dazugehöriger Subsumtion, noch nicht einmal die. Bei einer derartigen Vernachlässigung des konkreten Einzelfalles davon auszugehen, die Senate hätten sich aufgrund der jeweiligen Sachverhaltslage und sich daraus ergebenden Billigkeitserwägungen gezwungen gesehen, wie

³⁴ Auch wurden bei den Entscheidungsgründen die Revisionsrügen, soweit sie sich darauf stützten, dass eine Verfahrensnorm verletzt wurde oder unter Verletzung des Gesetzes Tatsachen festgestellt wurden, weggelassen. Ebenso wenig in die "Amtliche Sammlung" übernommen wurde die Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels.

³⁵ Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des RG in ZS (1992), Einl. S. 1.

³⁶ Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 18.

geschehen zu entscheiden, entbehrt nicht nur jeglichen Anhaltspunktes, vielmehr spricht darüber hinaus alles für ein nahezu vollständiges Außerachtlassen des Lebenssachverhaltes.

B. Das damals geltende Recht

Dem naheliegendsten ersten Blick auf die Sachverhalte muss also ein zweiter folgen, will man den Gegensatz der Entscheidungen verstehen. Nach den bislang angestellten Erwägungen hätten die Fälle auch in der Gegenwart spielen und vom BGH entschieden worden sein können, doch agierte hier das Reichsgericht im ausgehenden 19. Jahrhundert, so dass eine Einordnung der Entscheidungen in den Kontext ihrer Zeit unentbehrlich ist.

I. Rechtliche und politische Gegebenheiten 1882³⁷

1. Auf dem Weg zur Rechtseinheit im materiellen Privatrecht

Zum Zeitpunkt der beiden Reichsgerichtsentscheidungen 1882 herrschte auf dem Gebiet des 1871 gegründeten Deutschen Reichs trotz des bereits seit Beginn des 19. Jahrhunderts andauernden Strebens nach Rechtseinheit noch immer Rechtszersplitterung. Es galt³⁸ nebeneinander für etwa 14,4 Mio. Menschen gemeines Recht, für etwa 21 Mio. Menschen Preußisches Allgemeines Landrecht (ALR) (1794), ca. 8,2 Mio. unterstanden der Herrschaft des französischen Code Civil (1804) und das Rechtsgebiet des Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuches (1865) erstreckte sich auf etwa 5,4 Mio. Einwohner des Deutschen Reiches. Andere Rechtsgebiete zusammen, wie das österreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch (1811) und das Badische Landrecht (1809) sowie jütisches, dänisches und friesisches Recht umfassten nicht mehr als 500.000 Bewohner^{39 40}.

³⁷ STOLLEIS, Innere Reichsgründung (1992), S. 15 ff.

³⁸ Nach einer Volkszählung vom Dezember 1890 bei einer Gesamtbevölkerung von ca. 49 Mio. (KLIPPEL, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896)).

³⁹ KLIPPEL, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896); KADEN, RG und frz. Zivilrecht (1929), S. 82.

⁴⁰ KLIPPEL, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896).

Die Überwindung dieser Rechtszersplitterung in Deutschland hatte bereits im Kodifikationsstreit zwischen *Thibaut* und *Savigny* 1814 als übergeordnetes Ziel im Vordergrund gestanden. Während *Thibaut* in seiner Schrift "Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland"⁴¹ für eine Nationalkodifikation eintrat, entgegnete *Savigny* unter dem Titel "Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"⁴², die Einheit im Rechtsleben sei in gleichmäßiger wissenschaftlicher Ausbildung, nicht in gleichmäßigen Gesetzen zu suchen.⁴³ Umstritten war also lediglich, ob die Rechtsvereinheitlichung kurzfristig durch eine Gesetzgebung erreicht oder ob erst nach umfangreichen Vorarbeiten der Rechtswissenschaft herbeigeführt werden sollte.

Nach den Befreiungskriegen der Koalition der europäischen Mächte 1813-1815 zur Beseitigung der Fremdherrschaft *Napoleons I.* in Europa wurden die Rufe nach einem einheitlichen Recht immer lauter.⁴⁴

Die Gründung des Deutschen Zollvereins im Jahre 1834 gab zunächst auf dem Gebiet des Wirtschaftsrechts den Anstoß, die Behinderung des handels- und wirtschaftsrechtlichen Rechtsverkehrs durch veraltete partikuläre Wechselgesetze und durch das Fehlen einer einheitlichen Geldordnung zu beseitigen.⁴⁵ Dabei hatte zunächst, da 1843 56 deutsche Wechselordnungen nebeneinander galten, die Schaffung eines gemeinsamen Wechselrechts oberste Priorität.⁴⁶ Am 1. Mai 1849 trat die *Allgemeine Deutsche Wechselordnung* (ADWO) in allen Staaten des Deutschen Bundes (mit Ausnahme Österreichs) in Kraft und wurde zusätzlich von den meisten Ländern im Wege der Parallelgesetzgebung als Landesrecht verkündet. Zur Vereinheitlichung des Handelsrechts einigte sich der Deutsche Bund 1861 auf ein *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* (ADHGB), das

⁴¹ STERN, Thibaut und Savigny (1959), S. 35-68.

⁴² STERN, Thibaut und Savigny (1959), S. 69-166.

⁴³ COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 2 (1989), S. 16 f.; zu den Einzelheiten vgl. STERN, Thibaut und Savigny (1959).

⁴⁴ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 I., S. 172.

⁴⁵ WESEL, Geschichte Rechts (2001), S. 453, Rn. 284.

⁴⁶ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 I.1., S. 173.

dann in den nächsten Jahren durch fast alle Bundesstaaten zum Gesetz erhoben wurde.⁴⁷ Die ADWO mit Ergänzung durch die *Nürnberger Novellen* und das ADHGB wurden am 1. Januar 1870 im Bundesgebiet als gemeines Recht in Kraft gesetzt und galten nach der Reichsgründung 1871 als Reichsrecht fort.⁴⁸

Zur Sicherung einheitlicher Rechtsprechung auf dem Gebiet des Handelsrechts war bereits 1869 vom 1866 gegründeten Norddeutschen Bund das Bundes-Oberhandelsgericht in Leipzig gegründet worden, das 1871 die Bezeichnung *Reichsoberhandelsgericht* annahm und schließlich 1879 im Reichsgericht aufging.⁴⁹

Die in Deutschland erfolgreich hergestellte wirtschaftsrechtliche Rechteinheit verstärkte bei den deutschen Mittelstaaten den Wunsch nach einer umfassenden Bereinigung ihrer Landesprivatrechte. Es war in Preußen 1841/1842, in Hessen-Darmstadt 1842/1847 und in Bayern 1861/1864 zu bedeutsamen Teilentwürfen gekommen, die jedoch alle im Hinblick auf die erwartete Bundesgesetzgebung nicht Gesetz wurden. Das Königreich Sachsen hingegen verwirklichte den partikulären Kodifikationsgedanken mit seinem Bürgerlichen Gesetzbuch von 1865. Diese gelungene sächsische Gesetzgebung hatte die mögliche Realisierung der Vereinheitlichung des Rechts der Schuldverhältnisse unter Beweis gestellt.⁵⁰

Einen wichtigen Schritt auf dem Weg zur Schaffung eines gemeinsamen Zivilgesetzbuches, die schon Art. 64 der Paulskirchenverfassung zur Aufgabe des Reiches erklärt hatte, bildete der so genannte Dresdner Entwurf. Auf Veranlassung von zehn deutschen Mittel- und Kleinstaaten (darunter Bayern, Württemberg, Sachsen, Kurhessen und Nassau) wurde noch vom Deutschen Bund 1862 die Schaffung eines allgemeinen Obligationenrechts

⁴⁷ WESENBERG/WESENER, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985), § 27 I.

⁴⁸ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 I.2., S. 176.

⁴⁹ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 I.2., S. 176.

⁵⁰ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 464.

beschlossen. Unter dem Protest Preußens, das die Verhandlungen aus politischen Gründen außerhalb des Bundes führen wollte, konnte die Dresdner Kommission 1866 der Bundesversammlung den *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* zuleiten. Den Fortgang der Kodifikationsarbeiten beendeten dann jedoch im gleichen Jahr der preußisch-österreichische Krieg und die Auflösung des deutschen Bundes.⁵¹

Nach der Verfassung des Norddeutschen Bundes von 1867 und der des Deutschen Reichs von 1871 war der Föderalismus der Einzelstaaten im Zivilrecht, anders als im Strafrecht, stark geblieben und das Gesetzgebungsrecht des Bundes bzw. des Reiches auf die Teilgebiete Obligationenrecht, Handels- und Wechselrecht, allgemeine Bestimmungen über das Bankwesen, Erfinderpattentrecht und Schutz des geistigen Eigentums sowie das gerichtliche Verfahren beschränkt. Für die Kompetenz des Bundes auf dem Gebiet des gesamten bürgerlichen Rechts setzte sich 1867 erstmals der unitarisch nationalliberale Abgeordnete *Johannes von Miquel* ein. Sein fünfmal wiederholter Antrag auf entsprechende Änderung der Verfassung ging 1873 schließlich mit der Unterstützung seines Kollegen *Eduard Lasker* durch; ein mit großer Mehrheit des Reichtags und nach Zustimmung auch des Bundesrats erlassenes verfassungsänderndes Reichsgesetz vom 20. Dezember 1873 (Lex Miquel-Lasker) übertrug dem Reich das Recht zur Gesetzgebung für "das gesamte Bürgerliche Recht, das Strafrecht und das gerichtliche Verfahren", so dass die Arbeiten an der Kodifizierung des bürgerlichen Rechts beginnen konnten.⁵²

Schon im Februar 1874 wurde eine Vorkommission eingesetzt, die über Plan und Arbeitsweise Vorschläge machen sollte. Gemäß diesen Vorschlägen trat noch im September desselben Jahres eine Kommission von 11 der hervorragendsten Juristen des Reiches unter dem Vorsitz des höchsten

⁵¹ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 II 2., S. 182.

⁵² SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 III.1., S. 183.

Richters des Reiches, des Reichsoberhandelsgerichtspräsidenten *Pape*⁵³, zusammen. Die Kommission legte unter Anlehnung an das Sächsische BGB das Fünfbuchsystem fest und übertrug für jedes Buch einem Mitglied die Redaktion eines Teilentwurfes.⁵⁴

Die Reichsjustizgesetze, in Kraft getreten am 1. Oktober 1879, trugen auf den Gebieten der Gerichtsverfassung durch das GVG, auf dem des Konkursrechts durch die Konkursordnung, auf dem des Strafrechts durch die StPO, auf dem des Zivilprozesses durch die ZPO sowie durch die Rechtsanwaltsordnung und das Gerichtskostengesetz ihren Teil zur Rechtseinheit im Reich bei, indem sie eine einheitliche Gerichtsorganisation mit einem einheitlichen Verfahrensrecht schufen.⁵⁵

Ab 1881 versuchte man, die den einzelnen Mitgliedern der Vorkommission zur Ausarbeitung übertragenen Teile zu vereinheitlichen. Der Teilentwurf für das Recht der Schuldverhältnisse blieb infolge des Todes seines Redakteurs (*Franz von Kübel*) unvollendet und wurde durch das Obligationenrecht des Dresdner Entwurfes ergänzt. Die gründlichen Verhandlungen der Gesamtkommission wurden nicht veröffentlicht.

Erst 1888 wurde der dem Reichskanzler als Ergebnis dieser Verhandlungen 1887 vorgelegte Gesamtentwurf als *Erster Entwurf* zusammen mit den fünfbandigen *Motiven* zu den einzelnen Büchern veröffentlicht.⁵⁶

Zum Zeitpunkt des Erlasses der beiden Reichsgerichtsentscheidungen 1882 war man also zwar auf dem besten Weg zu einem einheitlichen bürgerlichen Recht, befand sich jedoch noch in der Phase unveröffentlichter

⁵³ Weitere Mitglieder waren z.B. als Vertreter der Wissenschaft der in Leipzig lehrende Romanist Bernhard Windscheid und der Münchener Germanist Paul v. Roth (SCHLOSSER, *Privatrechtsgeschichte* (2001), § 7 III.1., S. 184).

⁵⁴ SCHLOSSER, *Privatrechtsgeschichte* (2001), § 7 III.1., S. 184.

⁵⁵ MÖLLER, *Rechtsprechung des RG in ZS* (2001), S. 13

⁵⁶ SCHLOSSER, *Privatrechtsgeschichte* (2001), § 7 III.1., S. 184.

Verhandlungen, und die Praxis musste noch immer mit der zerklüfteten Rechtslandschaft leben.

2. Das Reichsgericht als Garant für einheitliche Rechtsprechung

Das Reichsgericht wurde am 1. Oktober 1879 in Leipzig feierlich eröffnet.⁵⁷ Ihm wurde die Aufgabe zuteil, die Rechtseinheit durch eine einheitliche Rechtsprechung zu wahren.⁵⁸ Im Hinblick auf die geschilderte Zersplitterung des materiellen Privatrechts stellte sich die Frage, in welchem Umfang das Reichsgericht seiner Aufgabe nachkommen sollte. Zunächst sollte das Reichsgericht die einheitliche Rechtsprechung über die Reichsgesetze gewährleisten. Durch kaiserliche Verordnung vom 28. September 1879 wurde klargestellt, dass das Reichsgericht ebenfalls tätig werden sollte, um dem

"Bedürfnis nach Erhaltung desjenigen Maßes von Rechtseinheit, welches in den Landesrechten von größerem territorialen Geltungsbereiche und von allgemeiner Bedeutung vorhanden war"⁵⁹

Rechnung zu tragen. Damit bestand die Zielsetzung des Reichsgerichts weniger in der Wahrung der "Einheit im Recht" als vielmehr der Erhaltung der Einheit im Reichsrecht sowie in einigen bedeutenden Landesrechten.⁶⁰

Das Reichsgericht trat an die Stelle des Reichsoberhandelsgerichts (ROHG), dessen Zuständigkeit auf das Handels- und Wechselrecht beschränkt war. Mit der Gründung dieses Höchstgerichts kam zum ersten Mal in der deutschen Rechtsgeschichte ein reichseinheitliches, mit umfas

⁵⁷ Ausführlich zur allgemeinen Geschichte des Reichsgerichts vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 1 ff.; LOBE, Die äußere Geschichte des RG (1929), S. 1-9

⁵⁸ DÖHRING, Deutsche Rechtspflege (1953), S. 32.

⁵⁹ ECCIUS, Revisionsinstanz (1880), S. 21.

⁶⁰ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 14.

senden Zuständigkeiten ausgestattetes Gericht an die Spitze der deutschen Gerichtsorganisation, das auch in der Lage war, Rechtseinheit durchzusetzen.⁶¹ Es stellte auf dem Gebiet der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit die höchste Instanz über den einzelstaatlichen Gerichten der Bundesstaaten (Amtsgerichte, Landgerichte und Oberlandesgerichte) dar und stand damit an der Spitze des nunmehr vierstufigen Gerichtsaufbaus.⁶²

In Streitigkeiten auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts erstreckte sich die Zuständigkeit des Reichsgerichts auf die Verhandlung und Entscheidung über das Rechtsmittel der Beschwerde und Revision gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte der einzelnen Bundesstaaten (§ 135 GVG).

Leitgedanken des GVG waren Gewaltentrennung, Gewährleistung der richterlichen Unabhängigkeit, Verbot von Ausnahmegerichten, Gewährleistung des gesetzlichen Richters als auch Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Verfahrens.

Bei seiner Gründung gehörten dem Reichsgericht acht Senatspräsidenten und 60 Reichsgerichtsräte an, die sich auf fünf Zivil- und drei Strafsenate verteilten; hinzu kam die Errichtung zweier Hilfssenate, die 1882 bzw. 1883 wieder aufgelöst wurden.⁶³ Nach Maßgabe des § 140 GVG entschieden die Senate in der Besetzung von sieben Mitgliedern einschließlich des Senatspräsidenten. Im Kollegium hatte die Stimme des Senatspräsidenten als auch die des Reichsgerichtspräsidenten⁶⁴ dasselbe Gewicht wie die der anderen Mitglieder.

⁶¹ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 21.

⁶² MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 23.

⁶³ LOBE, Die innere Organisation des RG (1929), S. 21/22.

⁶⁴ Er führte im IV. Senat den Vorsitz.

Da dem Deutschen Reich, wie oben dargestellt, ein einheitliches Zivilrecht fehlte und man nicht voraussetzen konnte, dass jeder zum Reichsgericht berufene Richter alle partikulären Rechte auch nur einigermaßen beherrschte, bereitete die Frage einige Schwierigkeiten, wie man die einzelnen Zivilsenate aufteilen sollte.⁶⁵ Deshalb entschloss man sich, die Zuständigkeit der Senate so abzugrenzen, dass sie jeweils nur Streitigkeiten aus dem Bereich ganz bestimmter Rechtsordnungen zu entscheiden hatten. So wurden dem I. Senat, dessen Mitglieder zum größten Teil schon dem ROHG angehört hatten, vor allem die bisher von diesem erledigten Sachen zugewiesen. Dem II. Senat übertrug man alle Sachen aus dem Bereich des *rheinischen Rechts*. Mit dieser Bezeichnung war das Recht der linksrheinischen Gebiete gemeint, in denen der Code Civil galt, und das Badische Landrecht, das im Wesentlichen eine Übersetzung des Code Civil mit den sog. *Brauer'schen* Zusätzen darstellte. In die Zuständigkeit des III. Senats fielen die gemeinrechtlichen Sachen, wozu auch Rechtsstreitigkeiten aus Württemberg und Bayern gehörten, soweit sie nicht dem Bayerischen Obersten Landesgericht zugewiesen waren.⁶⁶ Die Sachen aus dem Bereich des Allgemeinen Preußischen Landrechts wurden unter dem IV. und V. Senat aufgeteilt, wobei letzterer ausschließlich die sachenrechtlichen Fragen zu entscheiden hatte.⁶⁷ Da die Normen des Sächsischen BGB nicht revisibel waren und ihre Anwendung deshalb vom Reichsgericht nicht überprüft werden konnte⁶⁸, erübrigte sich die Errichtung eines besonderen Senats für Streitigkeiten aus dem Bereich dieser Rechtsordnung.

⁶⁵ LOBE, Die innere Organisation des RG (1929), S. 24.

⁶⁶ MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 16 f. Nach § 8 EGGVG hatte Bayern das Recht, die Entscheidung über an sich zur Zuständigkeit des Reichsgerichts gehörende Revisionen in bürgerlichen Streitigkeiten einem Obersten Landesgericht zuzuweisen (Vgl. LOBE, Die innere Organisation des RG (1929), S. 20).

⁶⁷ MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 17.

⁶⁸ Gemäß § 549 ZPO konnte eine Revision nur auf die Verletzung von Reichsgesetzen bzw. von solchen Gesetzen gestützt werden, deren Geltungsbereich sich über den Bezirk eines Oberlandesgerichts hinaus erstreckte; das Sächsische BGB galt aber lediglich im Bezirk des OLG Dresden.

Präsident des neu gegründeten Reichsgerichts wurde *Eduard von Simson*, Präsident der Frankfurter Nationalversammlung von 1848 und führender liberaler Politiker, der mehrfach gegen *Bismarck* aufgetreten war. Der Großteil der Richterschaft des Reichsgerichts entstammte dem ROHG und dem Preußischen Obertribunal, die beide nunmehr aufgelöst worden waren. Die restlichen Richter wurden von den einzelnen Bundesstaaten delegiert.⁶⁹ Die Zuteilung der Richter in die Senate wurde durch das Präsidium vorgenommen; die der Senatspräsidenten durch sie selbst. Nur der Reichsgerichtspräsident wählte den Senat, dessen Vorsitz er führen wollte, selbst aus.⁷⁰ Es bildete sich die Gewohnheit heraus, Richter aus dem Bereich des *rheinischen Rechts* in den II. und gemeinrechtliche Juristen vor allem in den III. Senat zu beordern.⁷¹ Insgesamt setzte sich das Reichsgericht also aus Juristen der verschiedensten Rechtsgebiete und Traditionen zusammen.

Die besondere Stellung der Richter am Reichsgericht war durch die richterlicher Unabhängigkeit und die Besoldungs- und Ruhestandsregelung gekennzeichnet, die das GVG für diese vorsah. Zunächst gewährte § 1 GVG den Richtern unbeschränkte Unabhängigkeit. Eine Disziplinargewalt, beispielsweise des Reichsjustizamtes, über die Reichsgerichtsräte gab es nicht. Die Entfernung aus dem Amt konnte ausschließlich durch einen Plenarbeschluss des Reichsgerichts in dem Falle erfolgen, dass ein Mitglied des Reichsgerichts zu einer Strafe wegen einer entehrenden Handlung oder zu einer Freiheitsstrafe von länger als einem Jahr rechtskräftig verurteilt wurde (§ 128 GVG). Ebenfalls bedurfte die vorläufige Amtsenthebung nach § 129 GVG eines Plenarbeschlusses des Reichsgerichts. Die Besoldung der Mitglieder des Reichsgerichts ging weit über das hinaus, was bisher die deutschen Länder ihren Richtern an Bezügen gewährt hatten. Das Gehalt des Reichsgerichtspräsidenten betrug 25.000 M, der

⁶⁹ LOBE, Die äußere Geschichte des RG (1929), S. 6; DÖHRING, Deutsche Rechtspflege (1953), S. 33.

⁷⁰ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 34.

⁷¹ Dies regte der Präsident des III. Senats, HENRICI (Das deutsche RG (1886), S. 27) an.

Senatspräsidenten 14.000 M und das der Räte 12.000 M.⁷² Die Ruhestandsregelungen enthielten die Besonderheit, dass die Mitglieder des Reichsgerichts nur auf eigenen Antrag und nur durch Beschluss des Plenums in den Ruhestand versetzt werden konnten. Durch diese herausgehobene Rechtsstellung der Mitglieder des Reichsgerichts wurde dem Bestreben, mit dem Reichsgericht ein alle Höchstgerichte der Einzelstaaten überragendes Höchstgericht zu schaffen, Ausdruck verliehen.⁷³ Die verhältnismäßig hohe Besoldung und die Ehre, am höchsten Gerichtshof tätig zu sein, führten dazu, dass die qualifiziertesten Richter des Reiches diese Ämter versahen.⁷⁴

Vorsitzender des II. Senats, der die Sache *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* zu entscheiden hatte, wurde bei Gründung des Reichsgerichts *Dr. Adrian Bingner*. Er war Badener; geboren am 26.9.1830 in Karlsruhe, trat er 1853 in den badischen Justizdienst ein. 1861 wurde er Amtsrichter, 1862 Rechtsreferent bei der Badischen Direktion der Verkehrsanstalten, 1864 Staatsanwalt und 1875 Ministerialrat im Justizministerium. Das Amt des Senatspräsidenten versah er bis zu seinem Tod am 8. Mai 1902.⁷⁵ An der Entscheidung *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* wirkten neben dem Präsidenten *Dr. Bingner* die Reichsgerichtsräte *Dr. Wernz* (Bayer)⁷⁶, *von Gmelin* (Württemberg)⁷⁷,

⁷² LOBE, Die äußere Geschichte des RG (1929), S. 8 (Tabelle der Richtergehälter des Reichsgerichts und der Obersten Landesgerichte).

⁷³ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 34.

⁷⁴ SIMONS, RG (1929), S. 8/9.

⁷⁵ SCHUBERT, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des RG in ZS (1992), S. 77.

⁷⁶ Dr. Johann Wernz: Bayer, geb. 5.2.1819 in Rehhütte bei Speyer, seit 1.10.1879 Rat, seit 15.7.1886 bis 1.1.1892 (Eintritt in den Ruhestand) Senatspräsident (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 59).

⁷⁷ Ferdinand von Gmelin, Württemberger, geb. 21.5.1824 in Esslingen, 1.10.1879 bis 1.12.1891 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 63).

Rüger (Sachse)⁷⁸, *Wulfert* (Preuße)⁷⁹, *Dr. Dreyer* (Elsass-Lothringer)⁸⁰ und *Iser* (Preuße)⁸¹ mit.

Zur Zeit der Entscheidung der Sache *Steup* gegen *Kolb* war Senatspräsident des zuständigen III. Senats der Preuße *Dr. Paul Christian Henrici*. Geboren am 18.4.1816 in Augustenburg, wurde er 1838 zum ersten Mal vereidigt, war seit 1848 Polizeimeister, seit 1849 Rat beim holsteinischen Obergericht, wurde 1864 Präsident der Herzoglichen Bundesregierung in Kiel, 1865 Direktor der holsteinischen Oberdikasterien und 1867 Rat beim Oberappellationsgericht in Berlin, 1872 Vizepräsident bei demselben. 1891 schied er durch Eintritt in den Ruhestand aus dem Reichsgericht aus.⁸² Mit ihm entschieden den Fall *Steup* gegen *Kolb* die Reichsgerichtsräte *von Streich* (Württemberg)⁸³, *Hullmann* (Oldenburger)⁸⁴, *Meyer* (Preuße)⁸⁵, *Buff* (Hesse)⁸⁶, *Dr. Rassow* (Preuße)⁸⁷ und *Dr. Agricola* (Staatsangehöriger der Thüringischen Staaten)⁸⁸.

⁷⁸ Konrad Robert Rüger, Sachse, geb. 7.9.1829 auf der Festung Königstein in Sachsen, 1.10.1879 bis 1.10.1895 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 65).

⁷⁹ Friedrich Wulfert, Preuße, geb. 10.1.1822 in Hemer bei Iserlohn, 1.10.1879 bis 1.7.1894 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 65).

⁸⁰ Dr. Karl Heinrich Dreyer, Elsaß-Lothringer, geb. 7.12.1830 in Freiburg i.B., 1.10.1879 bis 1.10.1896 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 66).

⁸¹ Gabriel Hubert Iser, Preuße, geb. 21.5.1826 in Rhens, Kreis Koblenz, 15.6.1882 bis 1.1.1893 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 69).

⁸² MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 58.

⁸³ Karl von Streich, Württemberger, geb. 19.6.1826 in Ellwangen, 1.10.1879 bis 1.2.1897 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 64).

⁸⁴ Heinrich Gerhard August Hullmann, Oldenburger, geb. 18.8.1826 in Elsfleth in Oldenburg, 1.10.1879 bis 21.11.1887 (†) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 65).

⁸⁵ George Meyer, Preuße, geb. 31.1.1828 in Bledeln in Hannover, 1.10.1879 bis 13.7.1889 (†) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 65).

⁸⁶ Wilhelm Buff, Hesse, geb. 7.2.1825 in Hungen im Großherzogtum Hessen, 1.10.1879 bis 1.12.1894 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 66).

⁸⁷ Dr. Christian Friedrich Rassow (zum Zeitpunkt des Urteilserlasses ausweislich der Urteilsabschrift offenbar noch nicht promoviert), Preuße, geb. 21.2.1826 in Wolgast,

II. Der Fall *Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle*⁸⁹

Der Fall *Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle* spielt in Kaiserslautern, also der Bayerischen Rheinpfalz; hier galt zum Zeitpunkt der Entscheidung der französische Code Civil.⁹⁰ War dies der Grund dafür, dass der zuständige II. Senat den Klägern das Schmerzensgeld versagte?

1. Der französische Code Civil

a) Die Entstehung des napoleonischen Gesetzgebungswerks

Um die Wende des 18. zum 19. Jahrhundert fand ein wahrer Wettlauf um die Kodifizierung des Rechts in Europa statt.⁹¹ Während auf der einen Seite in Preußen mit dem Allgemeinen Landrecht (1794) und in den österreichischen Ländern mit dem Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch (1811) naturrechtlich bedingte Kodifikationen entstanden, wurde in Frankreich auf der Grundlage vernunftrechtlichen Gesetzesglaubens ein durch Revolution und napoleonische Vision veranlassstes Gesetzgebungswerk mit universalem Anspruch geboren.⁹²

1.10.1879 bis 1.7.1898 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 66).

⁸⁸ Dr. Alfred Agricola, Staatsangehöriger der Thüringischen Staaten (Sachsen-Koburg-Gotha), geb. 15.1.1824 in Gotha, 1.10.1879 bis 1.1.1892 (Eintritt in den Ruhestand) Rat (vgl. MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904), S. 67).

⁸⁹ RGZ 7, 295.

⁹⁰ KLIPPEL, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896)

⁹¹ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 322 ff.

⁹² Vgl. BÜRGE, Frz. Privatrecht (1991) *das ganze Buch handelt vom Code civil, insbes. seiner Entstehung*; FERID/SONNENBERGER, Frz. Zivilrecht (1994), S. 89 WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 339 ff.; GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 9

Im Jahre 1804 erging der bis heute ohne förmliche Änderung geltende Code Civil⁹³. Nach Vorarbeiten unter dem ancien régime und während der Revolution wurden auf Initiative des gerade 30-jährigen und seit dem Jahre 1800 amtierenden Ersten Konsul *Napoléon Bonaparte* die gesetzlich versprochenen Kodifikationspläne rasch verwirklicht. Mit Arrêté consulaire vom 13.8.1800 (dem 24. thermidor des Jahres VIII)⁹⁴ war lakonisch verordnet worden:

"Ich gebe Ihnen 6 Monate; macht mir einen Code Civil!"⁹⁵

Schon nach vier Monaten legte die Kommission, bestehend aus den vier praktischen Juristen *Tronchet* (Präsident), *Portalès*, *Bigot-Préameneu* und *Maleville*, einen Entwurf vor, das so genannte *erste Projekt*, der den höheren Gerichten zur Begutachtung mitgeteilt wurde. Er fand allgemeine Zustimmung und wurde dann zuerst von der gesetzgebenden Sektion des Staatsrates (*zweites Projekt*), dann vom gesamten Staatsrat durchberaten (*drittes Projekt*). Dieses dritte Projekt brachte die Regierung bei der gesetzgebenden Versammlung als Gesetzentwurf ein, wo dieser von den Regierungskommissaren mündlich begründet wurde. Dann wurde der Entwurf der Beurteilung des Tribunats⁹⁶ unterbreitet und von dessen Kommission durchberaten. Bei diesen Beratungen zeigte sich ein so heftiger Widerstand gegen den Entwurf, dass die Regierung ihn zurückzog und erst 1803, nach teilweiser Erneuerung des Tribunats, wieder bei dem Tribunal einbrachte. Nach vielfachen Kompromissen wurde er sodann als *viertes Projekt* der gesetzgebenden Versammlung vorgelegt. Die Vorlage

⁹³ Zunächst als Code Civil des Français, 1807 (den politischen Verhältnissen folgend) als Code Napoléon, nach 1814 wiederum als Code Civil und durch nie aufgehobenes Dekret vom 17. März 1852 wieder zum Code Napoléon geworden, ab 1871 bis heute Code Civil genannt, vgl. FERID/SONNENBERGER, Frz. Zivilrecht (1994), S. 94.

⁹⁴ Eine Umrechnungstafel für den revolutionären Kalender findet sich bei ZACHARIAE, Handbuch (1886), S. 376.

⁹⁵ GROSS, Der Code Civil in Baden (1993), FN 3 m.w.N.

⁹⁶ Das in Frankreich durch die Verfassung von 1799 eingeführte Tribunal bestand aus 100 Mitgliedern und übte mit der gesetzgebenden Versammlung die gesetzgebende Gewalt aus, indem es Gesetzentwürfe der Regierung beriet, die anschließend von der gesetzgebenden Versammlung ohne Diskussion verworfen oder angenommen wurden.

geschah teilweise, die einzelnen Titel wurden angenommen, und das Ganze wurde durch Gesetz vom 21. März 1804 als *Code Civil des Français* publiziert. In einer weiteren Publikation von 1807, die nur redaktionelle Änderungen enthielt, wurde dem Gesetzbuch der Name *Code Napoléon* gegeben.⁹⁷

Der Code zeigt in vielen, wenn auch umstrittenen Einzelheiten die persönliche Handschrift des Ersten Konsuls, der von den 102 Sitzungen im Conseil d'État 57 persönlich geleitet und auf die Beratungsergebnisse Einfluss genommen hat.⁹⁸

Auch heute, nach gut 200 Jahren, ist das in manchen Teilen an die moderne Entwicklung angepasste Gesetzeswerk untrennbar mit der zivilisatorischen Leistung *Napoléons* verbunden, auch wenn man ihn zu Recht eher als den Schöpfer des Code selbst als den seines Inhalts bezeichnet hat.⁹⁹

Napoléon selbst bewertete Jahrzehnte später auf St. Helena diesen Teil seines Wirkens wie folgt:

"Mein wirklicher Ruhm liegt nicht in 40 gewonnenen Schlachten: Waterloo wird die Erinnerung an meine Siege auslöschen. Was nichts auslöschen und ewig leben wird, ist mein Code Civil."¹⁰⁰

In der Tat überbietet der Code Civil an glanzvollen äußeren und geistigen Wirkungen alle Gesetzbücher seiner Zeit. Seine Sprache ist knapp, durchsichtig und klar, wobei entscheidend wohl war, dass weltberühmte Juristen wie *Tronchet* und *Portalès* das gesetzlich Gewollte in eine lesbare

⁹⁷ PLATENIUS, Badisches Landrecht (1896), S. 4.

⁹⁸ THEEWEN, *Napoléons Anteil* (1991), S. 62 FN 1.

⁹⁹ GROSS, *Der Code Civil in Baden* (1993), S. 7.

¹⁰⁰ Las Cases, III, S. 298; IV, S. 152 und 297, in dem auch der Charakter des Code als eines allgemein-europäischen Gesetzbuches, einen allgemein-europäischen Gerichtsbarkeit, einer association européenne hervorgehoben wird. (zitiert nach GROSS, *Der Code Civil in Baden* (1993), S. 7).

Sprache fassen mussten und sich dabei stets vor Augen zu halten hatten, dass ihr erster und aufmerksamster Leser *Napoléon Bonaparte* selbst sein würde. Sein politischer Pathos gibt ihm eine geistige Geschlossenheit und Stilreinheit, wie sie kein zweites Gesetzbuch je mehr erreichen sollte.¹⁰¹ Diese, in Gesetzgebungsdingen nicht alltägliche Klarheit der Sprache hat *Stendhal*¹⁰², den Bewunderer *Napoléons* und Teilnehmer des Italienfeldzuges, zu der Bemerkung veranlasst, sein literarisches Stildeal sei die "sècheresse du code", jeder Schriftsteller müsse täglich zur Schärfung seines Sprachgefühls einen Artikel dieses wundervollen Code lesen. Kein anderes Gesetzbuch hat aus dem Munde eines großen Sprachkünstlers je solches Lob erfahren. Dagegen soll *Jules Romains* die Lektüre als Mittel gegen Schlaflosigkeit empfohlen haben.¹⁰³

b) Der Code Civil als Sicherung der revolutionären Errungenschaften und Stifter von Rechtseinheit

Der Code Civil verwirklichte die tragenden Säulen der Revolution: Rechtseinheit, Rechtsgleichheit, Freiheit der Person, des Eigentums und des rechtsgeschäftlichen Verkehrs, Säkularisierung von Ehe und Familie¹⁰⁴ und kennzeichnete damit das frühliberale Sozialideal des besitzenden *tiers état*, der aus der Revolution letztendlich als Sieger hervorgegangen war¹⁰⁵, ohne seine vielfältigen Wurzeln aus vorrevolutionärer Zeit zu verleugnen¹⁰⁶. Mit der Idee der Freiheit war die Anerkennung eines starken Eigentumsrechts unlösbar verbunden: Das Eigentumsrecht wurde zu-

¹⁰¹ So WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 344.

¹⁰² Eigentlich Henri Beyle, geb. 1783 in Grenoble, gest. 1842 in Paris, Sohn eines Advokaten in Grenoble, der sich wohl aus Bewunderung für Winckelmann nach dessen Geburtsort Stendhal nannte; er hat den undekorativen, unpoetischen, nüchternen Stil in der französischen Literatur zu höchster Vollendung geführt (GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), Anm. 13).

¹⁰³ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 10 mit Anm. 14.

¹⁰⁴ Vgl. zu den einzelnen Rechtsinstituten BOEHMER, Einfluß des Code Civil (1950), S. 293 ff.

¹⁰⁵ GROSS, Der Code Civil in Baden (1993), S. 8.

¹⁰⁶ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 10; zu den historischen Wurzeln: ESMEIN, L'originalité, LC I., S. 5 ff.

gleich als Ausfluss und Garantie der persönlichen Freiheit verstanden¹⁰⁷. Der Dreiklang von Eigentum, Erbe und Familie wurde das Abbild des französischen Lebens zu Beginn des 19. Jahrhunderts, das die neuen Strömungen des vierten Standes noch nicht aufnehmen konnte¹⁰⁸. War das deutsche BGB "der Schlußakkord"¹⁰⁹, so war der Code die glanzvolle Ouvertüre dieses 19. Jahrhunderts, das neue Lebensformen und neue Regulationsbedürfnisse, wenn auch keine Umwälzungen des bürgerlichen Lebens mit sich gebracht hat.¹¹⁰

Der Code beendete die unübersichtliche und verworrene Rechtszersplitterung, die Frankreich in zwei Rechtsprovinzen zerfallen ließ, die römisch-rechtlichen pays du droit écrit im Süden und die bis zu 360 pays du droit coutumier mit fränkisch-germanischem Gewohnheitsrecht im Norden, beide überlagert von königlichen ordonnances, die für spezielle Sachgebiete einheitliches Recht setzten und wichtige Vorläufer der Rechtsvereinheitlichung waren, sowie kirchlichen Edikten.¹¹¹

Hatte schon die Revolution tief in das geltende Zivilrecht insbesondere auf dem Gebiet des Familien-, Erb- und Eigentumsrechts eingegriffen, so wurden durch den Code Civil auch die letzten Reste dieses chaotischen Nebeneinanders von zersplittertem altem und revolutionärem neuem Recht durch eine umfassende Neuregelung ersetzt.¹¹² Gelegentlich wird zwar behauptet, dieses Gesetzgebungswerk sei nicht wie Minerva aus dem Haupte des Jupiter kraft des Genies eines *Napoléon* entstanden, sondern sei altfranzösisches oder revolutionäres Recht, Neues sei nur spärlich vorhanden und die Schöpfer hätten sich als Schüler, nicht als

¹⁰⁷ FERID/SONNENBERGER, Frz. Zivilrecht (1994), S. 104/105.

¹⁰⁸ Tissier, Le Code Civil et les classes ouvrières, LC I, S. 53, 73, 83, der den Code Civil als die Gegenrevolution im Herzen der bürgerlichen Gesellschaft bezeichnet, die eine völlige Überarbeitung in einem demokratischen Sinne erforderlich mach (zitiert nach GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), Anm. 20).

¹⁰⁹ ISELE, Ein halbes Jahrh. BGB (1949), S. 3.

¹¹⁰ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 10.

¹¹¹ Zum Zustand der bürgerlichen Gesetzgebung vor dem Code vgl. ZACHARIAE, Handbuch (1886), S. 17 ff.

¹¹² GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 11.

Propheten verstanden und schon gar keine Kreativität für sich in Anspruch genommen. Auch heben z.B. *Esmein*¹¹³ das Fehlen jeder transzendentalen, symbolischen oder hochphilosophischen Ideen zugunsten einer bodenständigen und bäuerlichen Grundauffassung des Durchschnittsfranzosen hervor und bestreiten überhaupt jegliche Originalität, führen aber das Fortleben des Code Civil auf die Verwurzelung im altfranzösischen und revolutionären Recht zurück.¹¹⁴ Jedoch war der vereinheitlichende Wurf mehr noch durch den zum Ausdruck gekommenen politischen Willen zur Rechtseinheit als durch den Inhalt des Gesetzes beeindruckend.¹¹⁵

c) Der Code – die codifizierte Vernunft

Nicht nur Freunde der napoleonischen Herrschaft priesen den Code Napoléon als eine "codifizierte Vernunft"¹¹⁶ und meinten, er

"passe für jeden vernünftigen Staat, da er nur die Ansprüche der Vernunft über die bürgerlichen Verhältnisse enthalte; was in einem gegebenen Staate nicht zum Code Napoléon passe, könne auch vor dem Richterstuhle der Vernunft nicht bestehen"¹¹⁷.

*Locré*¹¹⁸ beschreibt diesen universellen Anspruch in der schwülstigen Huldigungsvorrede seines Werkes so:

"Die Weisheit des Gesetzbuches Napoléons unterwirft sich alle Geister. Schon überschreitet seine Macht die Schranken des Raumes und der Zeit. Da, wo es keine gesetzliche Kraft haben kann, tritt Allgewalt der Vernunft auf seine Seite. Völker, für die es nicht bestimmt war, unterwerfen sich seiner Herr-

¹¹³ L'originalité, LC I., S. 5 ff.

¹¹⁴ FERID/SONNENBERGER, Frz. Zivilrecht (1994), S. 100.

¹¹⁵ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 11).

¹¹⁶ WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 345, Anm. 73.

¹¹⁷ Thibaut, Der rheinische Bund, S. 189 (zitiert nach GROSS, Der Code Civil in Baden (1993), S. 9).

¹¹⁸ Zitiert nach GROSS, Der Code Civil in Baden (1993), S. 9 FN 15).

schaft und die Huldigungen unseres Zeitalters, Sire, bereiten jene vor, welche die Nachkommenschaft ihnen aufbewahrt (...) und die größte Ehre, welche ein dankbares Volk seinem Fürsten zeigen kann, wird hinfort seyn ihnen den Namen Napoléon beizugeben".

Die Redaktoren des Code meinten sogar, man habe sich bewusst auf die allgemeinen Grundsätze, die unveränderlichen Prinzipien des Rechts und der Billigkeit beschränkt, um dem Code damit den Weg zu allen übrigen Völkern zu bahnen. Er sollte das universelle Gesetzbuch, das *ius commune* des neuen Europa werden.¹¹⁹

d) Das System des Code Civil¹²⁰

Der Code Civil besteht aus drei Büchern, denen eine Einleitung (*titre préliminaire*) über die Gesetze, die Voraussetzungen und den Umfang ihrer verbindenden Kraft vorausgeht. Das erste Buch (*Von den Personen*) behandelt die Personen als Subjekte und Objekte von Rechtsverhältnissen. Das zweite Buch (*Von den Sachen, dem Eigentum und Genuss derselben*) ist der Behandlung der Sachen, als Gegenstände der Rechte und den Sachenrechten gewidmet. Das dritte Buch (*Von den verschiedenen Arten Eigentum zu erwerben*) umfasst alle weiteren Momente, die die Wandelbarkeit der Vermögensrechte in Folge von zufälligen Umständen und Handlungen der Menschen darstellen. Dabei behandeln die ersten beiden Abteilungen (Titel) das Erbrecht; die sich hieran anschließenden Abteilungen 3 bis 15 umfassen das so genannte Obligationenrecht mit dessen allgemeinem Teil (Titel 3), den Halbverträgen, Delikten und Quasi-Delikten (Titel 4) und der Lehre von den einzeln benannten Verträgen (Titel 5-15). Die Titel 16 bis 20 des dritten Buches beziehen sich schließlich u.a. auf Pfandrechte und Verjährung.¹²¹

¹¹⁹ SCHULZE, Frz. Recht und Euro. Rechtsgeschichte (1994), S. 23 ff.

¹²⁰ Vgl. hierzu auch SPIES, Frz. Recht in Deutschland, in: JuS 1978, S. 869 re. Sp.

¹²¹ BEHAGHEL, Badisches Bürgerl. Recht, Bd. 1 (1891), § 4.

Zur Zeit der Redaktion des Code Civil war die in der Revolution zu Tage getretene Anschauung, dass bei dem Aufbau des neuen Rechtszustandes mit der Vergangenheit vollständig zu brechen und das Gesetz ganz unabhängig von dem geschichtlich Hergebrachten lediglich nach den Raisonsnements der Vernunft neu zu schaffen sei, wieder in den Hintergrund gerückt. Es war dadurch möglich geworden, den Entwurf teils auf römisches Recht, teils auf germanisches Gewohnheitsrecht zu stützen. Die Anlehnung an letzteres überwiegt bezüglich des Sachenrechts bei der Unterscheidung der Güter und Behandlung der Rechte an Fahrnissen, im Personenrecht, im Erbrecht sowie im ehelichen Güterrecht. Dagegen sind die Abschnitte von den dinglichen Rechten an fremden Gütern und das Obligationenrecht überwiegend dem römischen Recht nachgebildet. Daneben bleiben jedoch die Einwirkungen der Prinzipien der Revolution, also Freiheit der Person, Gleichheit aller Staatsangehörigen in Ansehung der bürgerlichen Rechte, Freiheit des Eigentums und Unabhängigkeit des Staates von der Kirche, unverkennbar.¹²²

e) **200 Jahre Geltung des Code Civil weit über Frankreichs Grenzen hinaus**

Die große geschichtliche Bedeutung des napoleonischen Zivilgesetzbuchs lag, wie bereits ausgeführt, darin, dass es dazu bestimmt war, die revolutionären Errungenschaften von 1789 zu sichern und über ganz Europa auszubreiten.¹²³ Tatsächlich war jedoch sogar sein außereuropäischer Geltungsbereich räumlich weit umfassender.¹²⁴

Der Code Civil ist dasjenige Gesetzbuch, das am meisten rezipiert worden ist. Es übertrifft darin sogar noch das Corpus Iuris Justinians.¹²⁵

¹²² BEHAGHEL, Badisches Bürgerl. Recht, Bd. 1 (1891), § 5.

¹²³ FEHRENBACH, Einführung des Code Napoléon (1973), S. 5.

¹²⁴ WESENBERG/WESENER, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985), § 22 III. 3.

¹²⁵ WESENBERG/WESENER, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985), § 22 III. 3.

Es gilt heute noch mit Anpassungen und einem regen Austausch in Lehre und Rechtsprechung in Frankreich sowie Belgien und Luxemburg, die im Jahre der Einführung 1804 zu Frankreich und damit zum ursprünglichen Geltungsbereich gehörten.¹²⁶ Noch lange nach dem Fall *Napoléons* wurde der Code als Vorbild für die Zivilgesetzbücher Hollands (1838), Italiens (1865), Rumäniens (1865), Ägyptens (1875, 1883), Bulgariens (1889) und der Jonischen Inseln (1841) benutzt. Teilübernahmen und Anlehnungen finden sich in den Zivilgesetzbüchern von Portugal (1867), Chile (1855), verblässend in den Zivilgesetzbüchern von Argentinien (1869) und von Brasilien (1916). 1803 an die Vereinigten Staaten abgetreten, hat der Staat Louisiana 1825 noch den Code Civil mit bleibenden Wirkungen bis heute eingeführt. In den zwei, 1804 zur französischen Republik gehörenden, Kantonen Genf und Berner Jura galt der Code Civil unmittelbar; die Gesetzbücher anderer Schweizer Kantone wie Waadt, Freiburg, Tessin, Wallis und Neuchâtel wurden bis zur Ablösung durch das einheitliche schweizerische Zivilgesetzbuch 1907 erheblich durch den Code Civil beeinflusst. In dem früheren Herzogtum Warschau (Kongresspolen) wurde der Code Civil 1808 übernommen und galt während der ganzen Zugehörigkeit zum russischen Zarenreich bis zur Einführung eines polnischen Zivilgesetzbuches im vergangenen Jahrhundert.¹²⁷

f) Die "deutsche" Rezeption des Code Civil¹²⁸

Im deutschen Sprachraum war die Übernahme des Code Civil teils Folge der politischen Veränderungen, teils Ausdruck des Wunsches nach einem universell geltenden Rechtssystem.¹²⁹

¹²⁶ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 12.

¹²⁷ LITYNSKI, Geschichte des Code Napoléon in Polen (1994), S. 253 ff.

¹²⁸ Vgl. hierzu auch KADEN, RG und frz. Zivilrecht (1929), S. 83/84 und SPIEß, Frz. Recht in Deutschland, in: JuS 1978, S. 871 f.

¹²⁹ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 12.

Der Code Civil trat zum Teil einfach in Übersetzung in Kraft im Königreich Westfalen (1807), im Herzogtum Aremberg (1808), im Großherzogtum Frankfurt (1809), in den hanseatischen Departements und in Lippe (1812) und Danzig (1807). Der Geltungsbereich des Code Civil erstreckte sich auch auf die rechtsrheinischen, zum Appellationsgericht Köln zählenden Teile des ehemaligen Großherzogtums Berg.¹³⁰ Maßgebend war der französische Urtext, während inoffizielle Übersetzungen nur Hilfestellungen liefern konnten.¹³¹

In Baden trat der Code Civil in Gestalt des Badischen Landrechts, von *Brauer* vielfach absichtlich oder unabsichtlich vermehrt durch zahlreiche partikuläre Zusätze¹³², 1810 in Kraft und galt bis zur Einführung des BGB von 1900. Anpassungsbemühungen in anderen deutschen Staaten wie Bayern und Württemberg kamen bis zum Sturz *Napoléons* nicht zum Abschluss. Danach war kein Platz mehr für die Neueinführung oder die Aufrechterhaltung von Siegerrecht. Außer in den linksrheinischen Gebieten und im Großherzogtum Baden wurde, zum Teil nach nur wenigen Jahren der Geltung, der Code Civil wieder aufgehoben und zum alten Rechtszustand zurückgekehrt.¹³³

Auch in den linksrheinischen Gebieten und in Baden nahm der Fortbestand des französischen Rechts keineswegs selbstverständlich seinen Lauf. Für Baden galt immerhin, dass es sich um eine freiwillige Umarbeitung des Code unter Übernahme zahlreicher landestypischer Rechtsinstitute und vor allem um eine Fassung in einer volkstümlichen deutschen Sprache handelte. Nach 1814 genügte es daher, das bisher als *Code Napoléon mit Zusätzen und Handelsgesetzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden*

¹³⁰ GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997), S. 13.

¹³¹ DÖLEMAYER, Kodifikationen (1982), S. 1457 a.E.

¹³² CROME, Allgemeiner Theil (1892), S. 14.

¹³³ GROSS, Vom CC zum BGB, in: JZ 2004, 1137, 1138.

bezeichnete bürgerliche Recht in *Landrecht für das Großherzogthum Baden* umzubenennen.¹³⁴

In den ehemaligen französischen Gebieten links des Rheins, die durch den Frieden von Lunéville und durch Gesetz vom 9.5.1801 förmlich von Frankreich annektiert worden waren, so dass das Einführungsgesetz vom 30. Ventose XII (21.3.1804) als für ganz Frankreich geltendes Gesetz den Code Civil unmittelbar in Kraft setzen konnte,¹³⁵ war die Lage dagegen komplizierter.

Auf dem Wiener Kongress (1814/1815) wurde das linksrheinische Rheinhessen bei Aufteilung der herrenlosen Kriegsbeute dem Großherzogtum Hessen-Darmstadt, die Rheinpfalz Bayern und das übrige linksrheinische Rheinland Preußen zugewiesen. Von nun an sprach man von Rheinhessen, Rheinbayern und von der großen preußischen Rheinprovinz. Vor allem Preußen bestand zunächst darauf, dass in dem so plötzlich angewachsenen Flächenstaat nicht eine Vielzahl, sondern ein einziges bürgerliches Recht gelten sollte, wie dies die Logik des modernen Nationalstaates eigentlich von Natur aus verlangte.¹³⁶ Als kodifizierte Rechtsordnung stand das ALR parat und hätte problemlos übernommen werden können. Diese Vereinheitlichung des Rechts in einem heterogenen jungen Staat gelang jedoch nicht. Im *Kampf um das rheinische Recht*, wie der Streit um die Erhaltung des französischen Rechts genannt wurde, setzte sich schließlich das rheinische Bürgertum gegen die Ansprüche Berlins durch.¹³⁷ Zu offenkundig war es, dass in einem Land, das seit einem Jahrzehnt an den Errungenschaften der französischen Revolution im Übergang zu einem liberalen Rechtsstaat teilgenommen hatte, eine Rückkehr in altpreußische Privilegienverhältnisse unmöglich geworden war. So wenig sich revolutionäres Recht konfliktlos in einer traditionellen Gesellschaft einführen

¹³⁴ GROSS, Vom CC zum BGB, in: JZ 2004, 1137, 1138.

¹³⁵ DÖLEMAYER, Kodifikationen (1982), S. 1441; KADEN, RG und frz. Zivilrecht (1929), S. 83.

¹³⁶ SCHUBERT, Frz. Recht (1977), S. 594 ff.

¹³⁷ CONRAD, Frz. Recht in den Rheinlanden (1969), S. 85 ff.

ließ, so wenig war umgekehrt in einer liberalen Gesellschaft die Wiedereinführung traditionellen Rechts möglich.¹³⁸ Rechtsgleichheit und Privilegienherrschaft schlossen sich zwingend aus. Der für die damals schon hoch entwickelte preußische Rheinprovinz gefundene historische Kompromiss war für die übrigen linksrheinischen Gebiete beispielgebend. Dem geltenden französischen Recht, insbesondere dem bürgerlichen Recht, wurde bis zur Schaffung eines neuen einheitlichen bürgerlichen Rechts in dem jeweiligen Land eine Gnadenfrist gewährt. Dieses Provisorium überlebte bis zum Ende des 19. Jahrhunderts.¹³⁹

2. Die rechtlichen Argumente des II. Senats

Der Fall *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle*, bei dem ein Arbeiter durch die von seinem Arbeitgeber zu vertretende Unvorsichtigkeit eines anderen Arbeiters zu Tode gekommen war, fällt in den Anwendungsbereich des Deliktsrechts, genauer der Artt. 1382, 1384 Code Civil sowie § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes. Der II. Senat stellte zum Haftungsgrund fest:

"Die Haftung der Beklagten ergab sich (...) sowohl aus Artikel 1384 a.a.O.¹⁴⁰ als aus § 2 Reichshaftpflichtgesetz."¹⁴¹

Die Kläger, die Eltern des Getöteten, begehrten jedoch, wie oben dargestellt, nicht nur Ersatz des Schadens, der ihnen durch die Tötung ihres Sohnes in materieller Hinsicht vor allem dadurch entstehen würde, dass der Getötete, der von seinem Verdienst einen Großteil seinem Vater überlassen habe, nun nicht mehr zum Lebensunterhalt seiner Eltern beitragen konnte, sondern auch Ersatz des ihnen zugefügten so genannten *moral-*

¹³⁸ FEHRENBACH, Traditionale Gesellschaft (1978), S. 174; DÖLEMAYER, Nachwort (2001), S. 1056, 1082.

¹³⁹ GROSS, Vom CC zum BGB, in: JZ 2004, 1137, 1138.

¹⁴⁰ Zu Artikel 1384 Code Civil in der Judikatur des Reichsgerichts vgl. KADEN, RG und frz. Zivilrecht (1929), S. 98 ff.

¹⁴¹ Originaltext, S. 4.

ischen Schadens, also ein Schmerzensgeld. Zum Haftungsumfang führte das Reichsgericht einleitend aus:

"Rechtsirrthümlich erscheinen jedoch die Erwägungen, welche sich auf die Schadensfestsetzung beziehen, insofern das Oberlandesgericht auch den moralischen Schaden, der in dem Verluste eines einzigen Sohnes bestehe, als maßgebend in Betracht zieht."¹⁴²

Die Ablehnung des Ersatzes auch des moralischen Schadens begründete der II. Senat mit drei Argumenten:

- Es bestehe kein Grund anzunehmen, dass das Gesetz in Artt. 1382, 1383 Code Civil unter *dommage* etwas anderes verstanden habe, als in den Artt. 1146 ff. Code Civil, das heißt die Verletzung von Vermögensinteressen, also denjenigen materiellen Schaden, der in Geld bemessen und durch Geld ersetzt werden kann. (Hierzu unter c), S. 52 ff.)
- Unter dem *Schaden*, der nach Artt. 1382 und 1383 Code Civil im Falle einer widerrechtlichen Handlung zu ersetzen ist, auch den so genannten moralischen Schaden, also den Schaden, der bloß in Verletzung von Gefühlen (Kränkung des Ehrgefühls, Erregung körperlicher oder psychischer Schmerzen) besteht, zu verstehen, entspreche nicht dem Willen des Gesetzes. (Hierzu unter d), S. 54 ff.)
- Der Zuspruch einer Geldsumme bloß mit Rücksicht darauf, dass Schmerzen verursacht oder das Ehrgefühl gekränkt worden ist, stelle sich nicht als die vom Gesetz gewollte Entschädigung, sondern als eine reine Privatstrafe dar, die beim Mangel einer entsprechenden Gesetzesbestimmung als statt-

¹⁴² Originaltext, S. 4.

haft nicht erachtet werden könne. (Hierzu ebenfalls unter d), S. 54 ff.)

Doch sind diese Argumente tatsächlich zwingend? Beschrift der II. Senat bei seiner Entscheidung lediglich den Weg, den ihm das Gesetz – hier also die Artt. 1382, 1383 Code Civil – bindend vorgab? Die vom rheinischen Senat gewählte Begründung ist knapp gehalten und erweckt in ihrer Klarheit zunächst und vor allem den Eindruck der Entschlossenheit des Gerichts; eine gegenteilige Auffassung scheint in den Augen des Senats so verfehlt, dass sich eine detaillierte Auseinandersetzung mit ihr erübrigt.

a) **Beobachtungen zur Spruchpraxis des Reichsgerichts im Hinblick auf die Bindung an das Gesetz vor dem Inkrafttreten des BGB**

Betrachtet man zunächst losgelöst vom hier zu behandelnden Fall, welchen Umgang das Reichsgericht in seiner Praxis bis zum 1.1.1900 mit dem geschriebenen Recht pflegte, so stellt man fest, dass es einerseits zwar seine Selbständigkeit gegenüber der Exekutive betonte¹⁴³, andererseits aber an seiner unbedingten Bindung an das Gesetz festhielt; für seine Rechtsprechung war dieses stets die verbindliche Richtschnur. So erklärte der I. Senat:

"In dem Geltungsgebiete des Gesetzes darf, solange das Gesetz besteht, nur dessen Auffassung (d.h. der Gesetzeswille, dessen Inhalt eine bestimmte Willensrichtung offenbart) herrschen."¹⁴⁴

Dieser unbedingte Gehorsam gegenüber dem Gesetz galt auch dort, wo durch nachträgliche Gesetzesänderungen echte Gesetzeslücken entstanden waren: Z.B. war nach Art. 232 CC eine Ehescheidung möglich, wenn der Ehegatte zu einer entehrenden Strafe verurteilt worden war. Eine sol-

¹⁴³ Vgl. hierzu ausführlicher MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 339 f.

¹⁴⁴ RGZ 16, 189, 197.

che Strafe war aber im preußischen StGB von 1851 nicht vorgesehen. Diese kannte lediglich Gefängnis- und Zuchthausstrafen. Der II. Senat hob ein Urteil der unteren Instanz auf, das Zuchthausstrafen mit entehrenden Strafen gleichgesetzt hatte, und erklärte kurz und bündig, wie es für den II. Senat charakteristisch war:

"Es steht nun aber lediglich dem Gesetzgeber zu, diese Lücke auszufüllen, und dem Art. 232 a.a.O. dadurch, daß er ihn dem Systeme der Strafen des genannten Gesetzbuches anpaßt, seine Anwendbarkeit wiederzugeben; für das richterliche Arbitrium dagegen ist hier keinerlei Raum."¹⁴⁵

Das Reichsgericht weigerte sich also, in Fällen, in denen ein bestimmter gesetzgeberischer Wille nicht zu ermitteln war, die anzuwendenden Normen nach richterlichem Ermessen und eigenem Gutdünken den übrigen gesetzlichen Vorschriften anzupassen, und erklärte sie stattdessen lieber für unanwendbar.

Der absolute Gehorsam des Richters galt auch gegenüber dem mangelhaften und unzulänglichen Gesetz. Ein Gesetz war, unabhängig von seiner Qualität, allein durch seine Existenz für das Gericht verbindlich. Allerdings glaubte sich das Reichsgericht berechtigt, aus einem schlechten Gesetz "das Beste" zu machen, sofern das irgendwie mit dessen Wortlaut vereinbar war. Hierzu sagte der IV. Senat:

"Es mag auch zu den Aufgaben der Praxis gehören, die Mängel des Gesetzes hervorzuheben, aber ihre Hauptaufgabe bleibt doch, das Gesetz zwar mit seinen Mängeln anzuwenden, aber es nach Möglichkeit den Anforderungen, welche der bürgerliche Verkehr an das Gesetz stellt, anzupassen (...)."¹⁴⁶

Grundsätzlich lehnte das Reichsgericht es ab, bestehende Gesetze deshalb nicht mehr anzuwenden, weil die Lebensverhältnisse sich seit dem Erlass

¹⁴⁵ RGZ 15, 313, 318/319.

¹⁴⁶ RGZ 20, 312, 325.

des Gesetzes geändert hatten. Zwar verschloss es sich nicht der Erkenntnis, dass ein Gesetz infolge gewandelter sozialer Verhältnisse unpraktikabel werden konnte; dennoch hielt es sich im Prinzip nicht für berechtigt, Gesetze den gewandelten Gegebenheiten anzupassen. Dieses Befugnis stand nach Ansicht des Reichsgerichts allein dem Gesetzgeber zu. Dies galt in voller Strenge aber nur für die Bindung des Richters an neuere Gesetze. Im Bereich des gemeinen Rechts mit seinen jahrhundertealten Rechtsnormen fühlte das Gericht sich in seiner Bindung an das Gesetz etwas freier. So bemerkte der III. Senat in einer Entscheidung zur Frage, ob der Nießbraucher in gewissen Fällen eine Kautions stellen müsse:

"Sind aber die Gründe, welche jenes Verbot (...) veranlaßt haben können, nach der Entwicklung, welche die betreffenden Materien im Laufe der Zeit genommen haben, hinweggefallen, so kann dasselbe als wirksam nicht mehr erachtet werden, zumal die Versuche, einen inneren, das Verbot rechtfertigenden Grund aufzufinden, als gelungen nicht erachtet werden können."¹⁴⁷

Um ein Testament, in dem "die Armen" zu Erben eingesetzt waren, nicht als unwirksam behandeln zu müssen, erklärte derselbe Senat in einem anderen Fall zu einer Auslegungsregel des römischen Rechts, die wegen der veränderten Verhältnisse unmittelbar nicht angewendet werden konnte:

"Existieren aber die so Berufenen heutzutage nicht mehr, (...) so ist damit nicht das Rechtsprinzip selbst aufgehoben, sondern es kann nur in Frage kommen, welche Personen oder Behörden nach den heutigen veränderten Verhältnissen berufen sind, solche Funktionen auszuüben."¹⁴⁸

¹⁴⁷ RGZ 13, 170.

¹⁴⁸ RGZ 19, 257, 259/260.

Die Bedeutung dieser Entscheidungen dürfe man nach Ansicht von *Mertens*¹⁴⁹ aber nicht überschätzen; insgesamt gesehen, sei auch der III. Senat der Ansicht gewesen,

"durch den bloßen Wegfall der Gründe, welche die Erlassung eines Gesetzes veranlaßt haben, wird "das Gesetz selbst nicht wegfällig gemacht."¹⁵⁰

und der Richter sei an dieses gebunden.

Als obersten Grundsatz seiner Urteilstätigkeit stellte das Gericht die Maximen der Unparteilichkeit und Sachlichkeit auf. Der I. Senat erklärte:

"Die ordentlichen Gerichte sind berufen, Vermögensrechtsstreitigkeiten zu entscheiden (...). Ihre unabhängige Stellung, Rechtskenntnis und Übung in der praktischen Rechtsanwendung giebt die denkbar größte Garantie völlig objektiv gehaltener, sachgemäßer Entscheidung (...)."¹⁵¹

Mit diesen Worten sind die Ziele der Rechtsprechung des Reichsgerichts umrissen: im Rahmen des positiven Rechts und unter strenger Bindung an die Gesetze sollte jeder Rechtsstreit so entschieden werden, dass man allen Beteiligten gerecht wurde und jeder das Seine erhielt.¹⁵²

b) Wortlaut und Wille des Gesetzes in der Rechtsprechung des Reichsgerichts vor Inkrafttreten des BGB

Da sich das Reichsgericht eng an das Gesetz gebunden und diesem untergeordnet fühlte, wollte es mit seiner Rechtsprechung allein den Willen des Gesetzgebers verwirklichen; dies jedoch nur insoweit, als jener Wille im Gesetz selbst seinen Ausdruck gefunden hatte. Der V. Senat erklärte:

¹⁴⁹ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 342.

¹⁵⁰ RGZ 11, 201, 203.

¹⁵¹ RGZ 11, 65, 71.

¹⁵² MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 343.

"Das Reichsgericht hat bereits wiederholt ausgesprochen, daß den Motiven und den Verhandlungen bei der Beratung von Gesetzen nur dann entscheidende Bedeutung beigelegt werden kann, wenn den dabei zu Tage getretenen Intentionen im Gesetze selbst erkennbarer Ausdruck verliehen ist."¹⁵³

Das Gericht folgte mit dieser Ansicht der in den 80er Jahren des 19. Jahrhunderts von *Binding*, *Wach* und *Kohler* entwickelten "objektiven" Auslegungstheorie, deren Ziel es war, den vernünftigen Sinn eines Gesetzes als eines objektiven, vom Willen seiner Schöpfer losgelösten Sinngehalt zu ermitteln. Nicht die Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen sollten maßgebend sein, sondern jedes Gesetz sollte so ausgelegt werden, wie es seinem objektiven Zweck und den Forderungen der Gerechtigkeit am meisten entsprach.¹⁵⁴ Das Reichsgericht hielt es in der Regel für selbstverständlich, dass der Wortlaut einer Norm den Willen des Gesetzgebers wiedergab. Diese teleologische, am Gesetzeszweck ausgerichtete Auslegung beherrschte die Rechtsprechung des Reichsgerichts über weite Strecken. Trotz seines grundsätzlichen Festhaltens an der "objektiven" Auslegungstheorie hat das Reichsgericht aber doch ungewöhnlich oft die Entstehungsgeschichte der Gesetze, die Vorstellungen der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Personen und die von ihnen angegebenen Gründe für eine Norm untersucht, um sie für die Rechtsfindung fruchtbar zu machen.¹⁵⁵

Um den mit einem Gesetz verfolgten Zweck zu ermitteln, ging das Reichsgericht gewöhnlich vom Wortlaut der anzuwendenden Norm aus. Die Formulierung der in Betracht kommenden Gesetze bildete ein wichtiges Argument bei der Urteilsfindung.¹⁵⁶ Dies galt besonders dann, wenn es sich um die Anwendung neuerer Gesetze handelte, deren Wortlaut durch amtliche Publikationen zweifelsfrei feststand. In der Regel stellte

¹⁵³ RGZ 20, 157, 162; ähnlich RGZ 13, 232, 241; RGZ 13, 296, 298;; RGZ 16, 88, 94.

¹⁵⁴ LARENZ/CANARIS, Methodenlehre (1995), S. 137 ff. m.w.N.

¹⁵⁵ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 344.

¹⁵⁶ Vgl. RGZ 2, 196, 198; RGZ 2, 345, 347; RGZ 5, 262, 264; RGZ 5, 266, 267; RGZ 5, 340, 343; RGZ 8, 261, 264; RGZ 13, 296, 298; RGZ 16, 220, 221; RGZ 20, 157, 162.

das Gericht fest, welche Bedeutung die in den Rechtsnormen verwendeten Ausdrücke im gewöhnlichen Sprachgebrauch hatten.¹⁵⁷ So erklärte der I. Senat z.B.:

"(Es) kann die Begriffsbestimmung nur aus dem allgemeinen Sprachgebrauche, wie derselbe sich entsprechend den Bedürfnissen des Verkehrs und der dadurch bedingten Übung ausgebildet hat, entnommen werden."¹⁵⁸

Um diesen Sprachgebrauch feststellen zu können, hat das Gericht in der obigen Entscheidung sogar das Grimmsche Wörterbuch herangezogen. Vereinzelt finden sich auch geschichtliche Untersuchungen darüber, wann ein bestimmter Ausdruck, z.B. "Grundsteuern", zuerst aufgetaucht ist und wie sich sein Inhalt im Laufe der Zeit geändert hat.¹⁵⁹ Bei Unklarheiten des Badischen Landrechts griff der II. Senat zunächst auf den französischen Text des Code Civil zurück.¹⁶⁰

Indessen lehnte das Reichsgericht stets eine bloß grammatikalische Auslegung von Rechtsnormen, die lediglich den sprachlichen Sinngehalt der einzelnen Worte ohne Rücksicht auf den Gesamtzusammenhang und die Intention des Gesetzes berücksichtigen wollte, ab. So heißt es in einem Urteil des I. Senats:

"Eine wörtliche Interpretation (...) würde hiernach dahin führen, daß (...). Allein eine andere Interpretation der betreffenden Bestimmungen ergibt sich als möglich, wenn man auf die denselben zu Grunde liegende ratio zurückgeht."¹⁶¹

¹⁵⁷ Vgl. z.B. RGZ 1, 247, 251; RGZ 13, 68, 72; RGZ 13, 280; RGZ 16, 229, 231.

¹⁵⁸ RGZ 18, 85, 86 (zur Frage, welche Eigenschaften ein Warenzeichen aufweisen muss); vgl. auch RGZ 2, 196, 199 (zum Ausdruck "Gebäude").

¹⁵⁹ RGZ 3, 226, 228.

¹⁶⁰ RGZ 8, 307, 308.

¹⁶¹ RGZ 5, 58, 59/60; vgl. auch RGZ 6, 90, 92/93.

In einer weiteren Entscheidung tadelte derselbe Senat einen Vorderrichter, der sich zu sehr an den Wortlaut einer Vorschrift gehalten hatte, und erklärte:

"Bei dieser Auslegung fehlt der Berufungsrichter darin, daß er sich lediglich an die Worte hält, ohne auf den Sinn, welcher denselben vernünftigerweise zu Grunde zu legen ist, Rücksicht zu nehmen."¹⁶²

Vor allem achtete das Gericht darauf, ob der Wortsinn im allgemeinen Sprachgebrauch sich auch mit dem speziellen Sprachgebrauch des betreffenden Gesetzes deckte. So heißt es in einem Urteil des I. Senats:

"Sprachlich bedeutet Eisenbahn ganz allgemein eine Bahn von Eisen zwecks Bewegung von Gegenständen auf derselben. Verknüpft man diesen Wortlaut mit dem Gesetzeszweck, (...) so gelangt man im Geiste des Gesetzes zu keiner engeren Bestimmung jener sprachlichen Bedeutung (...)."¹⁶³

Auch wenn es galt, bestimmte Normen analog auf andere als die ausdrücklich geregelten Fälle anzuwenden, spielten Erwägungen über Sinn und Zweck dieser Gesetze eine entscheidende Rolle. Allerdings lassen sich nur wenige Urteile finden, in denen das Gericht sich ausdrücklich auf einen Analogieschluss berief und eine entsprechende Anwendung von Normen bejahte bzw. ablehnte. Der formale Analogieschluss taucht deshalb so selten auf, weil das Reichsgericht zwischen extensiver Auslegung von Normen und deren analoger Anwendung nicht genau unterschied. Häufig gehen derartige Erwägungen ineinander über.¹⁶⁴ Es finden sich erweiternde Auslegungen, die man der Sache nach durchaus als Analogieschlüsse bezeichnen kann, und es gibt restriktive Auslegungen, die man auch als Ablehnung von Analogieschlüssen ansehen kann. Zudem hat das Gericht die Möglichkeit extensiver Auslegung dem Analogieschluss offen-

¹⁶² RGZ 12, 38, 39; ähnlich RGZ 1, 10 ff.; RGZ 11, 192 ff.; RGZ 20, 312, 322.

¹⁶³ RGZ 1, 247, 251; vgl. auch RGZ 19, 37, 39/40.

¹⁶⁴ Vgl. z.B. RGZ 3, 179, 181/182; RGZ 7, 40, 41; RGZ 12, 222, 225.

sichtlich vorgezogen in dem Bestreben, sich möglichst eng an das geschriebene Recht zu halten.¹⁶⁵

c) **Der Wortlaut des Gesetzes im vorliegenden Fall**

Das anzuwendende geschriebene Recht lautet im vorliegenden Fall:

Artikel 1382 Code Civil

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Artikel 1383 Code Civil

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé, non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Der Wortlaut dieser Vorschriften allein gibt also die Antwort nicht zwingend vor, da schlicht von *dommage* die Rede ist, ohne dass der Inhalt dieses Begriffes näher erläutert würde. Spezielle Vorschriften über Umfang und Art des zu leistenden Schadens enthält der Code Civil nicht.¹⁶⁶

Hier setzt der II. Senat ohne weitere Umschweife an. Zur Begründung der Ablehnung eines Schmerzensgeldanspruches führt er - wenn auch nur in knappen Worten - zum Sprachgebrauch des Code Civil aus:

"Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß das Gesetz in den bezeichneten Bestimmungen (*also Artt. 1382, 1383 Code Civil*) unter "dommage" etwas anderes verstanden habe, als in den Artikel 1246 flgd., d.h. die Verletzung von Vermögensinteressen, denje-

¹⁶⁵ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 346.

¹⁶⁶ FÖRTSCH, CC und BGB (1899), S. 218.

nigen materiellen Schaden, der fähig ist, in Geld angeschlagen und durch Geld ersetzt zu werden."¹⁶⁷

Das Mittel des Wortlautvergleichs erzeugt bei näherem Hinsehen, nicht in seiner Anwendung als solcher, sondern vielmehr in concreto, zunächst zumindest Verwunderung, da sich der Begriff *dommage* in den zitierten Artt. 1246 ff. Code Civil überhaupt nicht findet.

Offensichtlich liegt ein Schreibversehen¹⁶⁸ vor, das auch bei der Veröffentlichung in der *Amtlichen Sammlung* weder korrigiert noch wenigstens mit einer entsprechenden Bemerkung versehen wurde. Einziger sinnvoller Verweis ist der auf die Artt. 1146 ff.¹⁶⁹ und damit auf den vierten Abschnitt des dritten Kapitels des dritten Titels des dritten Buches des Code Civil, der die Überschrift "Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation" trägt.

Zum Umfang der nach Art. 1146 Code Civil zu leistenden Schadloshaltung wegen Nichterfüllung einer Verbindlichkeit bestimmt Art. 1149 Code Civil näher:

"Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé, sauf les exceptions et modifications ci-après."

In Zusammenschau mit den Schranken der Artt. 1150 ff. Code Civil (*les exceptions et modifications ci-après*) geht es hier mit dem Verlust (*la perte*) und dem entgangenen Gewinn (*le gain dont il a été privé*) um den Schaden, der dem Vermögen desjenigen zugefügt wurde, gegenüber dem die Verpflichtung nicht erfüllt worden ist, also – wie der II. Senat zutreffend aus-

¹⁶⁷ Originaltext, S. 5 oben.

¹⁶⁸ Dass die falsche Verweisung auf Unkenntnis des französischen Gesetzestextes beruht, erscheint eher unwahrscheinlich, da die Richter des II. Senats mit "ihrem" Code Civil bestens vertraut waren und in der Regel einen sehr korrekten Umgang mit ihm pflegten.

¹⁶⁹ Hiervon gehen auch sämtliche Autoren aus, die das Urteil des II. Senats besprechen.

führt¹⁷⁰ - um die Verletzung von Vermögensinteressen, mithin um den materiellen Schaden. Durch die klare gesetzliche Regelung mit ausdrücklichen Ausnahmen und Einschränkungen (*exceptions et modifications*) verbietet sich in der Tat eine ausdehnende Interpretation der Vorschriften dieses Abschnitts etwa auf Nichtvermögensschäden.¹⁷¹

Der Schluss, den der II. Senat hieraus zieht, vermag jedoch nicht zu überzeugen, denn gerade diese in den Artt. 1150 ff. Code Civil enthaltenen Spezifikationen des Begriffes *dommage* finden in den Artt. 1382 ff. Code Civil keine Entsprechung. Es besteht also entgegen der Ansicht des Senats sehr wohl ein Grund anzunehmen, dass das Gesetz in Artt. 1382 ff. Code Civil unter *dommage* etwas anderes versteht, als in den Artt. 1146 ff. Code Civil. Vielmehr ist umgekehrt kein Grund ersichtlich, die Schranken der Artt. 1150 ff. Code Civil auch im Bereich der Artt. 1382 ff. Code Civil als für den Richter bindend zu erachten, obwohl das Gesetz hier nur allgemein von *dommage* spricht.¹⁷²

Der Wortlautvergleich mit den Artt. 1146 ff. Code Civil stößt somit in dem vom II. Senat erzielten Ergebnis zumindest auf erhebliche Bedenken und ist damit erst recht nicht geeignet, die Versagung von Schmerzensgeld im Fall *Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle* schlüssig zu begründen.

d) Der Wille des Gesetzes im vorliegenden Fall

Neben dem Vergleich mit den Artt. 1146 ff. Code Civil konstatiert der II. Senat, die Ansicht, unter dem *Schaden*, der nach Artikel 1382 und 1383

¹⁷⁰ Originaltext, S. 5 oben.

¹⁷¹ So auch UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 505, 515 f. mit Hinweis auf die Ansicht der französischen Literatur; OSTHELDER, Schadensersatzpflicht, in: Puchelt, Bd. 19 (1889) S. 496, jeweils m.w.N.

¹⁷² Gegen die Anwendung der Artt. 1150 ff. Code Civil in diesem Zusammenhang auch FÖRTSCH, CC und BGB (1899), S. 218; UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 505, 516.

Code Civil zu ersetzen ist, auch den so genannten moralischen Schaden zu verstehen, könne

"als dem Willen des Gesetzes entsprechend nicht erachtet werden."¹⁷³

Weiter, jedoch wiederum nur unwesentlich detaillierter, führt er aus:

"(...) der Zuspruch einer Geldsumme bloß mit Rücksicht darauf, daß Schmerzen verursacht, das Ehrgefühl gekränkt worden ist, würde sich nicht als die vom Gesetz gewollte Entschädigung darstellen; sondern als eine reine Privatstrafe, die beim Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung als statthaft nicht erachtet werden kann."¹⁷⁴

Der Senat verwendet hier also die Begriffe *Entschädigung* und *Privatstrafe* als Gegensätze und geht davon aus, dem durch ein Delikt Verletzten solle nach dem Willen des Gesetzes ausschließlich erstere gewährt werden; da der Zuspruch einer Geldsumme lediglich wegen der Verletzung von Gefühlen hingegen als reine Privatstrafe anzusehen sei und das Gesetz diesbezüglich keine ausdrückliche Regelung enthalte, sei eine solche vom Gesetz nicht gewollt und demnach nicht statthaft.

Weder seine Aussage, die Entschädigung sei die alleinige vom Gesetz gewollte Rechtsfolge, noch die Feststellung, dem Verletzten seinen moralischen Schaden zu ersetzen habe Privatstrafecharakter, begründet der Senat argumentativ; vielmehr beschränkt er sich – wie auch schon bei seinem oben besprochenen Vergleich der Artt. 1382 ff. mit den Artt. 1146 ff. Code Civil – auf pauschale Feststellungen.

Will man den *Willen des Gesetzes* ergründen, liegt es nahe, zunächst den juristischen Sprachgebrauch rund um *Entschädigung*, *Strafe* und *dommage* zur Zeit des Erlasses des Code Civil und davor zu betrachten.

¹⁷³ Originaltext, S. 5 oben.

¹⁷⁴ Originaltext, S. 5.

So schrieb schon *Imbert* im 16. Jahrhundert:

"Nous avons deux manières d'accusateurs, les uns qui poursuivent l'intérêts du roy et de la chose publique (...) les autres demandent réparation de leur interet civil qu'ils ont souffert à cause du délict commis en leurs personnes ou en leurs biens par notre style (...) au moyen de quoy aujourd'hui l'accusateur privé, que nous appelons partie civile, n'est point tenu de s'inscrire ni faure les solenités requises de droit commun en accusation."¹⁷⁵

Streng durchgehalten wurde diese Unterscheidung damals freilich noch nicht; außerdem gab es daneben die Möglichkeit der Verfolgung durch den Richter von Amts wegen.¹⁷⁶

Jousse, ein Kriminalist des 18. Jahrhunderts, unterscheidet zwei Richtungen einer "Missethat": die Verletzung der Rechtsordnung, die die *partie publique* mittels der *action criminelle publique* verfolgt, und die die *peine publique* nach sich zieht, sowie die Verletzung des privaten Interesses des Einzelnen "dans sa personne, dans son honneur et dans sa fortune", deren Verfolgung mittels der *action criminelle privée* (bzw. der *action civile*) dem Verletzten, der *partie civile*, zusteht und die neben der öffentlichen Strafe oder ohne eine solche dem Verletzten ein Recht auf *réparation civile*, d.h. "réparation du tort souffert par l'offensé" gewährt und auf *intérêts civiles*, also Ersatz des Vermögensschadens.¹⁷⁷

Sowohl *Jousse* als auch *Muyart de Vouglans* bezeichnen zwar die *réparation civile* als *peine privé*; die gleiche Bezeichnung geben sie aber auch den *dommages-intérêts*. Diese Terminologie hängt mit der in älteren Rechten allgemein üblichen Vermischung von Strafe und Entschädigung zusam-

¹⁷⁵ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 342.

¹⁷⁶ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 342.

¹⁷⁷ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 342 f.

men, der man z.B. auch bei *Denisart* begegnet. Dieser sagt von der *réparation civil*:

"On la met au rang des peines. (...) La réparation civil est du côté de l'offense la reparation d'un dommage qui ne s'estime pas; du côté du condamné elle est la peine que mérite un délit grave. (...) Il ne faut pas non plus confondre les dommages intérêts sont regardés comme un dédommagement d'une perte, que celui qui les obtient, a soufferte dans sa fortune et qui de la part du condamné peut avoir une cause innocente; mais la reparation civil an toujours pour cause un délit, don't le condamné s'est rendu coupable et pour obtenir la reparation d'un tort souffert par l'offensé, non seulement dans sa fortune, mais encore dans sa personne et dans son honneur."¹⁷⁸

Ähnlich formuliert *Merlin*:

"La réparation civile partage de la dette et de la peine."¹⁷⁹

Wollte man aus der Eigenschaft der *réparation civile* als Privatstrafe die Abschaffung derselben durch den Code Civil folgern, so müsste der gleiche Schluss auch für die *dommages-intérêts* gelten.¹⁸⁰

Entscheidend ist jedoch nicht die Bezeichnung, sondern die sachliche Behandlung.¹⁸¹

Der juristische Sprachgebrauch des 18. Jahrhunderts verstand demnach unter dem Ausdruck *dommage*¹⁸², zu deren Ausgleich die *action civile*

¹⁷⁸ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 344.

¹⁷⁹ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 344.

¹⁸⁰ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 344.

¹⁸¹ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 344.

¹⁸² Abwechselnd mit diesem wurden noch "tort" und "préjudice" gebraucht (vgl. SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 345).

diente, die Verletzung von Persönlichkeitsgütern – ob mit oder ohne Strafcharakter.¹⁸³

Die Unterscheidung zwischen *action publique* und *action civile* (bzw. *action criminelle privée*), letztere als "réparation du dommage causé par le délit" wurde u.a. vom Gesetz des 16./29. September 1791 sowie vom *Code d'instruction criminelle* aus dem Jahre 1808 übernommen. Die Ausdrücke *réparation du dommage* in den Artikeln 1 und 2 und *dommages-intérêts* in den Artikeln 66, 358 und 366 des *Code d'instruction criminelle* und im Artikel 10, 52, 54 und 55 des *Code pénal* sowie *indemnité* in den Artikeln 51, 468 und 469 des *Code pénal* bezeichnen dasselbe.

Dafür, diese Bezeichnungen oder das Wort *dommage* in den Artikeln 1382 ff. *Code Civil* enger zu verstehen, als zur Entstehungszeit dieser Gesetze üblich, bieten die Vorarbeiten der Gesetze keine Anhaltspunkte – schließlich wurden die materiellrechtlichen Bestimmungen über die privatrechtlichen Folgen der Delikte vom französischen Gesetzgeber dort verortet. Im Gegenteil bezeichnete der Berichterstatter des Tribunals *Bertrand de Grenille* in den Diskussionen über den Entwurf des *Code Civil* als Gegenstand der Haftung in Anknüpfung an den althergebrachten Sprachgebrauch

"la réparation du dommage, la réparation du tort,
l'entière indemnité de ce qu'il a fait souffrir"

und der Redner des Tribunals *Tarrible* sagte von Artikel 1382 *Code Civil*:

"Cette disposition embrasse dans sa vaste latitude
tous les genres de dommages et les assujettit à une
réparation uniforme."¹⁸⁴

¹⁸³ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 344.

¹⁸⁴ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 346.

Die deliktische Generalklausel des Art. 1382 Code Civil wurde in ihrer ursprünglich vorgeschlagenen Fassung ohne hierüber hinaus gehende besondere Diskussion angenommen.¹⁸⁵

Es ist nach Ansicht von *Uebel*¹⁸⁶ kaum denkbar,

"daß die französischen Gesetzgeber bei Annahme des Art. 1382 nur an die Beschädigung des Vermögens und nicht an den der Person des Verletzten zugefügten Schaden gedacht haben sollten, zumal da zur Zeit der Berathung des Art. 1382 es nicht an Beispielen gefehlt hatte, daß alte französische Gerichtshöfe bei Civilentschädigungen für den durch Delikte entstandenen Schaden unterschieden hatten zwischen *dommages intérêts*, dem dem Vermögen des Verletzten zugefügten und dem Schaden anderer Art."¹⁸⁷

Als weiteres Anschauungsbeispiel sei noch folgende Äußerung von *Laurant* herangezogen, der zu einem Urteil des belgischen Kassationshofes zur Haftung für das durch Tötung verursachte *préjudice moral* unter Bezugnahme auf weitere Urteile und auf *Pothier* im Sinne der herrschenden Meinung bemerkte:

"Article 1382 parle d'un dommage en termes absolus, qui n'emportent pas des distinctions: tout dommage doit donc être réparé, le dommage moral aussi bien

¹⁸⁵ OSTHELDER, Schadensersatzpflicht, in: Puchelt, Bd. 19 (1889), 489, 493; UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 506.

¹⁸⁶ UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, 15 (1884), S. 507.

¹⁸⁷ Hingegen geht BIESALSKI (Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 24 f. m.w.N.) davon aus, die Verfasser des Code Civil hätten bei der Formulierung der Generalklausel, trotz der Betonung, dass mit "dommage" jeglicher Schaden gemeint sei, nicht an den Ersatz immaterieller Schäden gedacht. Diese erkläre sich wohl nur aus dem Umstand, dass zu Zeiten der französischen Revolution der verfassungsmäßige Schutz von Menschen- und Bürgerrechten gegenüber der Obrigkeit im Vordergrund der Betrachtung gestanden habe. (So Constantinesco, Persönlichkeitsrechte (1960), S. 322). Es liege also ein offensichtliches Versehen des Gesetzgebers vor, der, wenn er daran gedacht hätte, auch den Ersatz immaterieller Schäden entsprechend den Regeln des "ancien droit" in das Deliktsrecht des Code Civil aufgenommen hätten. Jedenfalls habe aber der Gesetzgeber in der Generalklausel eine Formulierung gewählt, die sowohl der Ersatz materieller als auch immaterieller Schäden zulasse, und es sei kein Grund ersichtlich, immaterielle Schäden von der Ersatzpflicht auszunehmen.

que le dommage matériel. L'esprit de la loi ne laisse aucune doute; elle veut sauvegarder tous les droits de l'homme, tous ses biens; or, notre honneur, notre considération ne sont ils pas le plus précieux des biens? Ils sont plus, ils constituent l'essence de notre êtres."¹⁸⁸

Zwar relativiert *Laurant* diesen Grundsatz mit den Worten

"(...) après tout, on ne peut payer la vie d'un père ou d'un époux, et sa mort ne doit point devenir le sujet d'une speculation qui enricherait sa famille (...)"¹⁸⁹;

nach dem Zusammenhang richtete sich diese Einschränkung jedoch nur gegen übertriebene Forderungen.¹⁹⁰

Der II. Senat lässt also nicht nur wiederum zwingende Argumente für seine These, die Gewährung von Schmerzensgeld entspreche nicht dem Willen des Gesetzes, vermissen; darüber hinaus spricht alles dafür, dass genau das Gegenteil der Fall war – der französische Gesetzgeber nämlich durch die Verwendung des allgemein gehaltenen Begriffes *dommage* den so genannten moralischen Schaden mit erfassen wollte.

e) Überzeugende Auseinandersetzung mit Lehre und Praxis?

Wenn der Senat gleich zu Beginn seiner Argumentation einräumt,

"Richtig ist, daß sich in Doktrin und Praxis die Ansicht vertreten findet, es sei unter dem "Schaden", der nach Artikel 1382 und 1383 Code Civil im Falle einer widerrechtlichen Handlung zu ersetzen ist, auch der sogenannte moralische schaden (dommage moral) (...) zu verstehen (...)"

¹⁸⁸ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 348 f.; Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 177 (Laurant principes XX. N. 395)

¹⁸⁹ Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 178 (Laurant principes XX. N. 525)

¹⁹⁰ Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 178.

so kann diese fast beiläufig erscheinende Bemerkung nur als maßlose Untertreibung angesehen werde. Bei dieser anderen Ansicht der Doktrin und Praxis handelt es sich nämlich nicht etwa lediglich um eine zu vernachlässigende, da vereinzelt geäußerte Mindermeinung, sondern um die absolut herrschende.¹⁹¹

Theorie¹⁹² wie Praxis erkannten (mit wenigen Ausnahmen) von jeher¹⁹³ eine Vergütung für *dommage moral* zu, so beispielsweise für die Verurteilung dieses Schadens durch die Verführung zum Beischlaf bzw. Schwängerung, durch den Verdacht des Ehebruchs erweckenden Umgang mit einer Ehefrau zugunsten des Ehemannes, durch launenhaften Bruch eines, wenn auch unverbindlichen Eheversprechens, durch Ehescheidung, weil der noch nicht 25jährige Ehemann sich ohne Einverständnis seines Vaters verheiratete, durch schuldhafte Wiederverheiratung eines schon verheirateten Ehemannes, durch Aufnahme eines minderjährigen Kindes gegen den Willen der Eltern, aber insbesondere auch durch die Tötung eines nahen Angehörigen, wie Eltern, Geschwister, Kinder und Ehegatten.¹⁹⁴

Dies verdeutlichen auch einige Entscheidungen (insbesondere belgischer Gerichte), die in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Urteil in der Sache *Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle* ergingen. So billigte der Appellhof Brüssel am 8. Januar 1880 dem Vater

¹⁹¹ Vgl. statt vieler SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 336, 341 ff.; a.A.: REIFFEL, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691, 708. Bis heute spielt die Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden im französischen Deliktsrecht eine besonders große Rolle (vgl. hierzu BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 24).

¹⁹² Zu den Stimmen der Literatur, die davon ausgehen, auch der moralische Schaden sei nach Art. 1382 Code Civil auszugleichen, vgl. UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 512 ff.

¹⁹³ UEBEL spricht von einer fast einstimmigen Doktrin und Praxis des Vaterlandes des Code Civil seit 1810 (vgl. Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 505 ff. m.w.N.).

¹⁹⁴ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 347 f. mit weiteren Beispielen etwa zum Namensrecht, insbesondere zum Schadensersatz bei Tötung naher Angehöriger.

und den Geschwistern eines auf der Eisenbahn verunglückten Mädchens – abgesehen von einem dem Vater für *préjudice matériel* zuerkannten Betrag – erhebliche Summen für *préjudice moral* zu und der belgische Kassationshof verwarf die eingelegte Kassation mit folgenden Worten:

"In Erwägung, daß das Wort "dommage", dessen sich der Gesetzgeber in dem Art. 1382 flg. C. civ. bedient, ein allgemeiner Ausdruck ist, der sich auf den moralischen Schaden ebenso wie auf den materiellen bezieht, und daß es Sache der richterlichen Prüfung ist, ob der erlittene moralische Schaden durch Geld ersetzt werden kann, daß auch der Appellhof im vorliegenden Falle Letzteres ausgesprochen hat."¹⁹⁵

Ebenso erkannte das Ziviltribunal Brüssel am 19. Juli 1882 dem Sohn eines in Folge vorsätzlicher Körperverletzung verstorbenen alten Mannes, der nicht mehr in der Lage gewesen war, seinen Sohn materiell zu unterstützen, eine Geldsumme von 1.000,- Franken zu

"in Erwägung, daß der durch den Kläger erlittene Schaden vor Allem ein moralischer ist, celui qui résulte de la douleur qu'il a dû éprouver de voir son vieux père mourir victime des actes de sauvagerie exercés contre lui par les défendenes sans aucun motif et sans aucune provocation de la part de ce veillard."¹⁹⁶

Zu einem der vorliegend zu untersuchenden Sache *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* ähnlich gelagerten Fall führte der *Cour von Bordeaux* mit *arrêt* vom 30. November 1881 aus

"(...) daß der der Zuneigung der Eheleute Faur zugefügte Schlag durch den Verlust eine Kindes, in welchem sie für ihre Zukunft eine berechnete Stütze sehen konnten, ihnen einen graven Nachtheil verursacht hat und welcher, wenn auch durch seine Natur irreparabel, nicht weniger durch eine Geldentschädigung gemildert werden muß"

¹⁹⁵ Pasicrisie belge 1881. II. 352, I. 163; zitiert nach PUCHELT, Bd. 15 (1884), S. 176/177.

¹⁹⁶ Pasicrisie belge 1883. III. 25; zitiert nach PUCHELT, Bd. 15 (1884), S. 177.

und erhöhte die bloß wegen des materiellen Schadens vom Gericht erster Instanz zugesprochene Entschädigungssumme.¹⁹⁷

Auch was die Frage, ob Schmerzensgeld Entschädigung oder Strafe darstellt, anbelangt, hat sich die herrschende Meinung - und nicht etwa nur eine unbedeutende andere Ansicht - für das erstere entschieden.¹⁹⁸

Freilich herrschte in der Lehre zunächst Streit über die Pflicht zur Wiedergutmachung solcher Schäden, da man sie nicht "ersetzen" (*reparieren*) könne; vereinzelt wurde die Wiedergutmachungspflicht auch vom Vorliegen einer strafbaren Handlung oder davon abhängig gemacht, dass der immaterielle Schaden in Verbindung mit einem Vermögensschaden eingetreten war. Diese Auseinandersetzung war aber von untergeordneter Bedeutung, da die ordentlichen Gerichte von Anfang an die Pflicht zur Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden eindeutig bejaht hatten.¹⁹⁹ Dabei spielte neben dem Entschädigungsgedanken (*compensation*) insbesondere bei der Festsetzung der Höhe des Ausgleichsanspruchs auch der Strafgedanke (*sanction*) eine gewisse Rolle.²⁰⁰

Zur Bemessung immaterieller Schäden hat man, trotz der daraus resultierenden Schwierigkeit, dass sie sich jeder mathematischen Berechnung entziehen, eine einfache Grundregel aufgestellt: Dem psychisch oder physisch Verletzten, dem Körperbehinderten oder Entstellten ist, wenn schon sein alter Zustand nicht wiederherzustellen ist, eine so hohe finanzielle Entschädigung zuzusprechen, bis sein innerer Zustand vor dem Schadensfall wiederhergestellt ist - mit anderen Worten, "es ist soviel zu zahlen, bis er wieder lacht".²⁰¹ Dann müsste also der Reiche mehr bekommen als der Arme und der ganz Reiche könnte auf diese Weise nicht entschädigt wer-

¹⁹⁷ UEBEL, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 511.

¹⁹⁸ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 337 m.w.N.

¹⁹⁹ BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 25 f. m.w.N.

²⁰⁰ BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 27 FN 2.

²⁰¹ BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 148 m.w.N.

den? Das scheint in gewissem Umfang zuzutreffen, denn das Schmerzensgeld ist in concreto entsprechend dem Alter, der sozialen Stellung, den früheren Lebensgewohnheiten sowie dem psychischen und physischen Zustand des Opfers vor dem Unfall zu bemessen. Nahezu zwangsläufig neigt die französische Rechtsprechung in Anbetracht dieser Schwierigkeiten dazu, bei der Bemessung des Ausgleichs für immaterielle Schäden auch das Verschulden des Täters in Rechnung zu stellen, ihm also neben der Genugtuungsfunktion für den Geschädigten auch noch Privatstrafencharakter für den Schädiger beizumessen.²⁰²

f) Sonderfall Angehörigenschmerzensgeld

Auch die Tatsache, dass es sich im vorliegenden Fall nicht lediglich um einen "Standardfall" des Schmerzensgeldes für am eigenen Körper oder der eigenen Seele erlittene immaterielle Schäden handelt, sondern hier die Eltern als Dritte Ersatz ihres *moralischen Schadens*, also so genanntes Angehörigenschmerzensgeld verlangen, führt zu keinem anderen Ergebnis.

Zum einen nimmt der Senat in dieser Hinsicht keinerlei Differenzierung vor, zum anderen steht ihm auch hier die ständige Übung der französischen Rechtsprechung entgegen.

Unter den gleichen Voraussetzungen wie materielle Einbußen Dritter zu ersetzen sind, verpflichten nämlich nach französischer Auffassung auch immaterielle Beeinträchtigungen Dritter den Täter zum Schadensersatz. Es handelt sich hierbei praktisch immer nur um seelische Leiden eines Dritten, die dieser aufgrund eines besonders starken Gefühls der Zuneigung zu einer durch eine unerlaubte Handlung betroffenen Person erleidet (*atteinte aux sentiments d'affection*). Nach französischer Auffassung liegt auch in diesen Fällen ein direkter – und nicht etwa nur ein mittelbarer – persönlicher Schaden vor, der den Verletzten allerdings auf Umwegen (*par ricochet*) erreicht. Solche wieder gut zu machenden Gefühlsschäden

²⁰² BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 148 f. m.w.N).

sind in erster Linie beim Verlust einer einem nahe stehenden Person (*la douleur causée par la mort d'un être cher*) gegeben. Da im französischen Recht die Abgrenzung des ersatzberechtigten Personenkreises allein aufgrund der Feststellung des Kausalzusammenhangs zwischen schadensstiftender Handlung und eingetretenem Erfolg vorgenommen wird, können im Fall der Tötung einer Person grundsätzlich all diejenigen *Schmerzensgeld* verlangen, die nachweisen können, dass sie zu ihr eine starke Zuneigung (*sentiments d'affection*) hegten und daher durch deren Tod einen seelischen Schmerz erlitten haben. Damit ist der Kreis der ersatzberechtigten Personen theoretisch unbegrenzt.²⁰³

Die praktische Schwierigkeit bei der Verfolgung eines solchen Anspruchs liegt für den Verletzten darin, seinen seelischen Schmerz nach den Regeln des Zivilprozesses zu beweisen, und für das Gericht stellt sich das Problem der Beweiswürdigung, denn ein rein innerer Vorgang entzieht sich eben letztlich doch prozessualer Beweisführung. Die Rechtsprechung hat die Gefahr uferloser Ausweitung des Kreises der Anspruchsberechtigten sowie die Schwierigkeit der Beweisführung erkannt und daher im Ergebnis Ansprüche wegen Verletzung von Gefühlen der Zuneigung nur dem Ehegatten, den Kindern, den Eltern und sonstigen Verwandten des Getöteten zugebilligt. Die Tatsache und der Grad der Verwandtschaft begründeten nämlich die - wohl widerlegbare - Vermutung, dass sie wirklich gelitten haben²⁰⁴.

²⁰³ BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 33 f. m.w.N.

²⁰⁴ Die Praxis der Gerichte, den Anspruch wegen Gefühlsverletzungen nur den Verwandten des Getöteten zuzubilligen hat in der Literatur lebhaften Widerspruch erfahren. Hiermit sei zum einen eine Einschränkung der Zahl der Anspruchsberechtigten nicht immer möglich, andererseits sei der Schmerz über den Tod eines Menschen nicht an verwandtschaftliche Beziehungen gebunden. Die von der Rechtsprechung gezogene Grenze, die man mit den Rechten der Familie (*"droits de la famille"*) zu rechtfertigen versucht hat, sei also künstlich und dogmatisch durch nichts gerechtfertigt. Die Literatur schlug daher vor, den Anspruch wegen Gefühlsverletzung grundsätzlich jedem zuzubilligen, der beim Tod eines anderen echten, tiefen Schmerz empfunden hat und diese Tatsache vor Gericht auch nachweisen kann. In den 1970er Jahren hat sich die Rechtsprechung dieser Auffassung angeschlossen und erklärt, der Ersatz des Gefühlsschadens aufgrund des Todes eines dem Anspruchsteller nahe stehenden Person setze das Bestehen eines rechtlichen Bandes zwischen dem Verstorbenen und dem Kläger nicht voraus. Sogar einen erstattungsfähigen Gefühlsschaden beim Verlust eines Tieres bejahte

3. Ergebnis

Die Frage zu entscheiden, ob die Gewährung von Schmerzensgeld unter Anwendung der Artt. 1382, 1382 Code Civil nach Wortlaut, Wille des Gesetzes oder auch aus anderen rechtlichen Erwägungen heraus mit der herrschenden Auffassung in Lehre und Rechtsprechung richtig oder mit der Mindermeinung falsch ist, ist nicht Ziel dieser Arbeit.

Allein zeigt die Auseinandersetzung mit diesen Argumenten des II. Senats, dass, wie schon der Sachverhalt, auch die von diesem anzuwendenden Rechtsgrundlagen ihm das Ergebnis nicht zwingend vorgaben. Zwar begründen die Richter ihr Ergebnis im Fall *Eisenwerk gegen Wilhelm und Henle* mit der Anwendung des Gesetzes und bezeichnen die gegenteilige Auffassung der Vorinstanz als "rechtsirrtümlich" – für sie ist also das Ergebnis aus rechtlichen Erwägungen das einzig richtige. Diese Auffassung stellt sich aber gerade nicht etwa als die vorgegebene lammfromme Befolgung der Vorgaben von herrschender Lehre und Rechtsprechung dar, sondern als bewusste und selbständige Positionierung in der allgemeinen Rechtsfrage "Schmerzensgeld ja oder nein?", die die Juristen schon lange beschäftigte und noch weiter beschäftigen sollte.

III. Der Fall *Steup gegen Kolb*²⁰⁵

Die Sache *Steup gegen Kolb* fiel in den örtlichen Zuständigkeitsbereich des Landgerichts Limburg, spielte also in der Königlich preußischen Provinz Hessen-Nassau; zuständig war der III. Senat, denn hier galt zum Zeitpunkt der Entscheidung gemeines Recht²⁰⁶. Blieb den Richtern auf-

die Rechtsprechung; bei der Zerstörung eines Automobils verneinte sie ihn dann aber doch (vgl. BIESALSKI, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975), S. 35 ff. m.w.N.).

²⁰⁵ RGZ 8, 117.

²⁰⁶ KLIPPEL, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896)

grund dieser Tatsache nichts anderes übrig, als der Klage im Hinblick auf das beanspruchte Schmerzensgeld stattzugeben?

1. Die Unsicherheit über den Begriff des gemeinen Rechts

Der Begriff des gemeinen Rechts (*ius commune*) ist in Deutschland beginnend mit den Kodifikationen des Privatrechts des 18. Jahrhunderts und endgültig mit der Einführung des BGB am 1. Januar 1900 zu einem rein historischen geworden und hat danach seine praktische Bedeutung verloren.²⁰⁷ *Wiegand* zählte ihn zu dem "schillerndsten und wandelbarsten der Rechtsquellendoktrin"²⁰⁸. Sein richtiges Verständnis bleibt rechtshistorisch und rechtstheoretisch nach wie vor notwendig, weil dem Juristen der Begriff des gemeinen Rechts aus der Vergangenheit letztlich als ein gesamteuropäisches Phänomen zu unterschiedlichen Zeiten mit unterschiedlichen Funktionen und Inhalten entgegen tritt. Bereits in den Zeitepochen, in denen ihm entscheidende praktische Bedeutung zukam, war der Begriff des gemeinen Rechts undurchsichtig und dunkel; auch gegenwärtig ist er keineswegs geklärt.²⁰⁹

Einer der Gründe ist, dass man nur wenig über die Ursachen weiß, die Rechtswissenschaft und -praxis in Deutschland lange Zeit dazu bewogen haben, das Recht, das ihnen partikular am jeweiligen Ort entgegen trat, in ein umfassendes, fertiges System eines subsidiär geltenden gemeinen Rechts einzubetten, anstatt, wie in einigen anderen europäischen Ländern auch, die Rechtsordnung aus dem tatsächlich geltenden Partikularrecht heraus zu entwickeln.²¹⁰

²⁰⁷ In aktuellen Diskussionen um die funktionelle Entwicklung des europäischen Gemeinschaftsrechts ist allerdings auf die Rechtsfigur des *ius commune* als Muster wieder hingewiesen worden.

²⁰⁸ WIEGAND, *Rechtsanwendungslehre* (1977), S. 12.

²⁰⁹ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 17/18.

²¹⁰ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 18.

Lange Zeit war nur behauptet worden, allein das römische Recht in der Gestalt des Corpus Iuris Civils habe mit einer Reihe von Einschränkungen als wesentlicher Teil der geschriebenen gemeinen Reichs- oder Kaiserrechte und damit als (gemeines) Hilfsrecht zu gelten. Als sich im späten 17. und frühen 18. Jahrhundert mehr und mehr die Erkenntnis von der Unrichtigkeit dieser Annahme durchsetzte, nahm unmittelbar danach die bis weit in das 19. Jahrhundert hinein äußerst kontrovers geführte Diskussion über die Existenz eines *ius (commune) germanicum* ihren Anfang, die selbst bis heute nicht mit einem eindeutigen Ergebnis beigelegt werden konnte.²¹¹

Bei dieser Auseinandersetzung war eine der zentralen Fragen, ob man verschiedenen einheimischen Rechtsquellen des Mittelalters eine ähnliche, gemeine Verbindlichkeit beilegen könne, wie sie für das römische Recht in Deutschland, abgeschwächt auch in anderen europäischen Ländern, über die Jahrhunderte hinweg angenommen worden war. Wenn man auch dem einheimischen Recht einen gemeinrechtlichen Charakter beilegen wollte, musste allerdings vorweg geklärt sein, was die Gemeinrechtlichkeit eines Rechtssatzes überhaupt ausmache.²¹²

Selbst das römische Recht, das bis dahin nahezu als das Paradigma des gemeinen Rechts angenommen worden war, geriet nach und nach unter Druck. Denn die Rückführung eines allumfassenden und einheitlichen (positiven) Geltungsgrundes in complexu auf einen historischen Gesetzgebungsakt konnte seit der Mitte des 17. Jahrhunderts eigentlich kaum noch ernsthaft vertreten werden. Gegen den beträchtlichen Widerstand der damals herrschenden Meinung konnte nachgewiesen werden, dass das römische Recht nicht aufgrund eines Gesetzes, sondern allein über die wissenschaftliche Forschung und Lehre an den Universitäten und später über den Gebrauch an den Gerichten Eingang in das einheimische Rechtsleben

²¹¹ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 19/20.

²¹² DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 20/21.

der Territorien gefunden hatte. Damit war der Geltungsgrund und -umfang allerdings fraglich geworden. Denn die Aufnahme des römischen Rechts in den gerichtlichen Gebrauch war inhaltlich und örtlich offenkundig nur unvollständig und darüber hinaus auch unterschiedlich erfolgt. Daneben war die Anwendung des römischen Rechts in einigen Territorien grundsätzlich selten oder kann teilweise sogar überhaupt nicht festgestellt werden.²¹³

Neben der Schwierigkeit, den Inhalt des gemeinen Rechts und seinen Geltungsgrund- und -umfang zu klären, war im 18. Jahrhundert auch noch das richtige Anwendungsverhältnis der verschiedenen Rechtsquellen zueinander zu bestimmen. Die als "rechtspolitisch ausgewogene Theorie"²¹⁴ gepriesene Lehre des *habere fundatam intentionem*²¹⁵ hatte für die Praxis in diesem Zusammenhang zwar eine zentrale Bedeutung. Tatsächlich war sie jedoch nur noch juristische Hilfskonstruktion zur Überwindung und Vermeidung einer ernsthaften Auseinandersetzung mit dem unsicheren Begriff und Inhalt des gemeinen Rechts. Der Beweisvorteil, den ein Rechtsatz des römischen Rechts hierdurch nach wie vor genoss, schaffte nämlich keine Begründung für seine subsidiäre Gemeinverbindlichkeit, sondern setzte sie bereits voraus.²¹⁶

2. Das gemeine Recht im 19. Jahrhundert

Will man sich einem historischen Begriff nähern, darf man ihm nicht ohne weiteres eine mehr oder minder gefestigte Vorstellung unterlegen, sondern muss ihn aus dem Kontext seiner Zeit und seines Systems zu verstehen suchen. Von Interesse kann und muss hier also nur die Bedeutung des

²¹³ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 22/23.

²¹⁴ So WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* (1967), § 12, S. 208.

²¹⁵ Vgl. hierzu WIEGAND, *Habere Fundatam Intentionem* (1975), S. 126 ff. und ausführlich ders., *Rechtsanwendungslehre* (1977), S. 10 ff.

²¹⁶ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 25.

gemeinen Rechts sein, die ihm Lehre und Praxis zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung in der Sache *Steup gegen Kolb*"1882 beimaßen.

Beseler setzte 1873 in der dritten Auflage seines *System(s) des gemeinen deutschen Privatrechts*²¹⁷ zur näheren systematischen Begriffsbestimmung zunächst bei der staatlichen Ordnung an und unterschied diejenigen Staaten, in denen das gleiche Recht für das ganze Gebiet gilt (z.B. Frankreich), die staatliche Ordnung, die den einzelnen Gliedern ihrer Rechtsgemeinschaft die volle Selbständigkeit ihrer besonderen Rechtsbildung gewährt (z.B. Schweiz), und eine Mischform, bei der die Rechtsgemeinschaft für das ganze Staatsgebiet in einem größeren Umfang besteht, daneben aber für einzelne Gebietsteile (Länder, Provinzen, Gemeinden) besondere Rechtsordnungen zur Anwendung kommen. In einem solchen Staat nenne man das für das Ganze geltende Rechtssystem das gemeine Recht (*ius commune*); das daneben bestehende Recht der einzelnen Gebietsteile sei das Partikularrecht (*ius particulare*), das Landes- Provinzial- und Statutrecht sein könne.

Das gemeine deutsche Recht in dem Sinne, wie es in Deutschland gelte, beruhe nicht auf einer zufälligen Gleichheit oder Ähnlichkeit der Rechtsbildung; es sei nicht bloß die Summe übereinstimmender Partikularrechte, sondern unabhängig von deren Ausgestaltung gelte es vermöge seiner inneren Beschaffenheit und der Natur seiner Quellen als Einheit für das Ganze und deswegen auch für die einzelnen Teile, insoweit sich diese nicht seiner Herrschaft entzogen hätten.

"Eine bloß zufällige, durch äußere Gründe veranlaßte Uebereinstimmung der Particularrechte hat nur ein Aggregat gleichförmiger Regeln, aber kein gemeines Recht zur Folge, welches als solches schon in den einzelnen Theilen des Gesamtgebietes abzuwenden wäre. Es steht dem gemeinen Recht (*ius commune*) als das allgemeine (*ius universale* s. ge-

²¹⁷ BESELER, *Gemeines deutsches Privatrecht* (1873), § 1.

nerale) gegenüber, oder, wie Andere den Unterschied bezeichnen, dem juristisch gemeinen Rechte als das factisch (historisch, matriell) gemeine Recht."²¹⁸

Im Allgemeinen wurde in den mehr oder weniger selbständigen Teilen des gesamten Staatsgebietes zunächst deren besonderes Recht, das Partikularrecht, angewendet und in dem gemeinen Recht nur seine Ergänzung, sein *Hilfsrecht* gesehen, das nur in subsidium zur Anwendung kam. Voraussetzung dieser Anwendbarkeit des *subsidiarischen gemeinen Rechts* war zum einen, dass das Partikularrecht es für ein gegebenes Rechtsverhältnis nicht ausdrücklich ausschloss oder die entsprechende Rechtsregel nicht schon vollständig enthielt, also einer weiteren Ergänzung nicht mehr bedurfte; zum anderen konnte eine ausdrückliche Anerkennung im Partikularrecht notwendig sein.²¹⁹

Inhaltlich verstand man unter dem gemeinen Recht im 19. Jahrhundert in erster Linie das römische Recht. Die Quelle dafür war das *Corpus Iuris Civilis* aus dem 6. Jahrhundert.²²⁰ Die Rechtswissenschaft und -praxis fasste nach allerdings nicht einheitlicher Meinung unter den Begriff des *Gemeinen Rechts* aber bereits seit dem 18. Jahrhundert neben dem modernen, zeitgemäßen Gebrauch des im *Corpus Iuris Civilis* enthaltenen römischen Rechts, der in sachlichen Teilbereichen des *ius civile* durch das kanonische Recht und das langobardische Lehensrecht flankiert wurde, auch den Inbegriff einheimischer Rechtsquellen (*ius germanicum*), die aus einzelnen mittelalterlichen Rechtsquellen gewonnen werden konnten.²²¹

²¹⁸ BESELER, *Gemeines deutsches Privatrecht* (1873), § 1 a.E. m.w.N.

²¹⁹ BESELER, *Gemeines deutsches Privatrecht* (1873), § 2.

²²⁰ KLIPPEL, *Deutsche Rechts- und Gerichtskarte* (1896), Einführung, S. VIII.

²²¹ DANIEL, *Gemeines Recht* (2003), S. 98.

3. Die vom III. Senat gewählte(n) Rechtgrundlage(n)

Im Fall *Steup gegen Kolb* führte der III. Senat zur Haftung des Beklagten, der den Kläger mit einem Messerstich verletzt hatte, aus, es erzeuge die vom Berufungsrichter an die tatsächlichen Feststellungen geknüpfte Schlussfolgerung keine Bedenken,

"(...) dass der Beklagte nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes daraufhin verpflichtet sei, dem Kläger Ersatz seines positiven Schadens und seines entgangenen Gewinns zu leisten, auch ihm ein den Verhältnissen angemessenes Schmerzensgeld zu entrichten."

Das Gericht erwähnt dann²²² das "gemeine deutsche Gewohnheitsrecht", dessen Ausgangspunkt die Artikel 20 und 21 der Carolina²²³ seien, sowie *Carpzov*, schlägt also einen weiten Bogen zurück ins dritte Jahrhundert v. Chr. (Lex Aquilia) und nähert sich über das 16. (Carolina) bzw. 17. (*Carpzov*) Jahrhundert wieder der damaligen Gegenwart des ausgehenden 19. Jahrhunderts.

Da sich das gemeine deutsche Privatrecht, wie soeben gesehen, aus einer Fülle von Rechtssätzen zusammensetzte, die teils auf älteren und lückenhaften Territorialgesetzgebungen beruhten, teils aus alten überkommenen römischen oder deutsch-rechtlichen Normen abzuleiten waren, wundert es nicht, dass der Rechtsgeschichte gerade in Urteilen des Reichsgerichts zum gemeinen Recht besonderes Gewicht zukam.

Das Reichsgericht verstand es dabei stets, seine geschichtlichen Untersuchungen im Bereich des gemeinen deutschen Privatrechts auf solche Fragen zu beschränken, in denen eine entscheidungserhebliche Kontroverse über Geltung und Tragweite des betreffenden Rechtssatzes bestand.

²²² Originaltext, S. 2.

²²³ Eigentlich *Constitutio Criminalis Carolina* (CCC), die von Kaiser Karl V. 1532 zu Regensburg erlassene "Peinliche Gerichtsordnung", das erste deutsche Gesetzbuch, das Strafrecht und -verfahren rechtseinheitlich regelte (Der BROCKHAUS (2003), S. 142).

War die Geltung eines Rechtssatzes unbestritten, verzichtete das Gericht auf geschichtliche Erörterungen und nahm ihn als gegeben hin.²²⁴

In einem Urteil zur Streitfrage des Erbrechts unehelicher Kinder in den Nachlass ihres Vaters zum Beispiel zeichnete der III. Senat den Entwicklungsgang dieser Regelung genau nach. Dort heißt es:

"Während nach dem älteren römischen Rechte uneheliche Kinder überhaupt kein gesetzliches Erbrecht an dem Nachlasse ihres Erzeugers hatten, gab Justinian den Konkubinenkindern (...) ein Erbrecht auf ein Sechstel des Nachlasses (...). Nachdem durch das kanonische Recht und die Reichsgesetzgebung (R.P.O. von 1530 Tit. 33; von 1548 Tit. 25 §. 1; von 1577 Tit. 26 §. 1) der Konkubinat verboten war, konnte das in den Novellen den Konkubinenkindern gewährte Erbrecht nicht fortbestehen (...). Trotz der Vorschrift des kanonischen Rechtes hielten jedoch die Rechtslehrer in Italien bis zum 16. Jahrhunderte fast einstimmig das Erbrecht der Konkubinenkinder aufrecht (...). An diese Ansichten schloß die deutsche Jurisprudenz und Praxis der Gerichte sich an, (...) doch traten namentlich seit dem 18. Jahrhunderte auch abweichende (...) Ansichten hervor, und es wurde der Widerspruch gegen jene Ansicht am Ende des 18. Jahrhunderts und im 19. Jahrhunderte immer lebhafter."²²⁵

Es finden sich aber auch Entscheidungen, in denen eine in der Praxis vertretene Auffassung als nicht quellengemäß abgelehnt wird. So erklärte der III. Senat an anderer Stelle zur Frage, wann eine Erbschaftsklage verjährt:

"Seit der Glossatorenzeit bis zum Anfange dieses Jahrhunderts war allerdings die Dauer dieser Verjährung (...) bestritten (...). Es hatte diese Ansicht sogar die Judikatur des Reichskammergerichts zu Wetzlar für sich (...). Diese aus mißverstandenen Stellen des römischen Rechtes abgeleitete Meinung

²²⁴ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 356 m.w.N.

²²⁵ RGZ 12, 226, 227/228; ähnlich RGZ 5, 130, 132 f.; RGZ 6, 171, 173; RGZ 6, 174, 175; RGZ 7, 132, 134; RGZ 11, 234, 236; RGZ 16, 113, 114.

ist jedoch gänzlich irrig und bedarf (...) keiner weiteren Widerlegung."²²⁶

Zur Rezeption vertrat das Reichsgericht die Ansicht, durch sie habe eine Mischung von deutsch- und römisch-rechtlichen Sätzen stattgefunden, die zu einer Umwandlung und Umbildung beider geführt habe. Daher gibt es Entscheide, in denen untersucht wird, welchen Einflüssen ein bestimmter Rechtssatz im Zeitalter der Rezeption unterworfen war. Ein Beispiel dafür stellt ein Urteil des I. Senats, der die Frage zu entscheiden hatte, ob Personengesellschaften durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst werden oder nicht. Dort heißt es:

"Nach römischem Rechte löste regelmäßig der Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft auf (...). Die vorgekennzeichneten regelmäßigen Normen des römischen Rechtes (...) standen im Widerspruche mit der im Mittelalter (...) nicht selten ausgebildeten Gestaltung von Handelsgesellschaften, welcher die (in dem ausgeprägten Familiensinne der germanischen Volksstämme wurzelnde) Auffassung (...) eines Familiengutes zugrunde lag (...). Die eigentümliche Art, wie sich dann die Rezeption des römischen Rechtes vollzog, musste (...) dazu führen, daß in der Rechtslehre und Rechtsprechung des gemeinen Rechts Vertreter der Ansicht auftraten, daß in Bezug auf Handelsgesellschaften sich gewohnheitsrechtlich ein exzeptioneller Rechtszustand gebildet habe (...) Die Frage über die Existenz eines solchen Gewohnheitsrechtes ist bis in die neueste Zeit strittig geblieben (...). Dementgegen haben die drei großen, am Schlusse des achtzehnten und im Anfange dieses Jahrhunderts in Geltung getretenen Gesetzbücher (...) dem Lebensbedürfnisse und der germanischen Rechtsauffassung in höherem Grade Rechnung getragen."²²⁷

Auch im vorliegenden Fall *Steup* gegen *Kolb* hielt das Reichsgericht es für angezeigt, die Existenz eines Anspruches auf Schmerzensgeld mit

²²⁶ RGZ 11, 234, 236.

²²⁷ RGZ 16, 40, 45 ff.

historischen Ausführungen zu seiner Begründung zu untermauern. Es lohnt also in diesem Zusammenhang der Versuch, die insgesamt sehr undurchsichtige Entwicklung des Schmerzensgeldes beginnend mit dem römischen Recht nachzuzeichnen.

a) Schmerzensgeld im Römischen Recht

Weit verbreitet ist die Auffassung, dass sich unser heutiges Schmerzensgeld aus germanischen Wurzeln heraus entwickelt hat²²⁸, was aber nicht ausschließt, dass es im römischen Recht ein Rechtsinstitut gab, das seinem Wesen nach als Schmerzensgeld zu qualifizieren ist. Nach nahezu herrschender Meinung war dem römischen Recht das Schmerzensgeld jedoch auch der Sache nach fremd.²²⁹ Begründet wird diese Ansicht zumeist mit dem in den Digesten (*Gaius*, D 9, 3, 7) niedergelegten Satz

"Cicatricum autem deformitatis nulla fit aestimatio,
quia liberum corpus nullam recipit aestimationem."

Diese Entscheidung bezieht sich jedoch nicht auf die *aestimatio* schlechthin, sondern schließt nur die *aestimatio damni* aus.²³⁰ Der Gedanke, der hinter diesem Satz steht, ist folgender: Wird ein Sklave an seinem Körper verletzt, so verliert er dadurch an Wert. Das Vermögen seines Herrn erleidet dadurch eine Einbuße. Diese feststellbare Differenz zwischen dem Wert des Sklaven vor und nach der Verletzung stellt sich als *damnum*, als *Schaden* dar. Bei einem freien Menschen dagegen ist eine derartige Schätzung nicht möglich. Dieselbe Verletzung, die bei einem Sklaven einen Vermögensschaden darstellt, tritt bei einem freien Menschen lediglich als Nichtvermögensschaden in Erscheinung. Ein solcher Nichtvermögensschaden

²²⁸ Vgl. hierzu HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 7 ff. m.w.N.

²²⁹ GAUDLITZ, Schmerzensgeld, in: Zeitschrift für Rechtspflege, 4. Bd. (1845), S. 343; GLÜCK, Pandekten (1808), S. 342; HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 1; a.A. vor allem SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 109; WEBER, Schmerzensgeld (1955), S. 5, die beide in der Injurienklage die älteste Form einer Schmerzensgeldklage sehen.

²³⁰ SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 101; BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 2.

jedoch bildete nach römischer Auffassung kein *damnum*²³¹ und ermöglichte damit auch keine *aestimatio damni*.

Daneben kennt das römische Recht aber noch die *aestimatio poena*²³². Danach zogen Schäden an ideellen Rechtsgütern in weitem Umfang das Recht auf eine *poena*, auf eine Privatstrafe, nach sich. Als Privatstrafenklagen existierten unter anderem die *actio legis Aquiliae* sowie die *actio iniuriarum aestimatoria*.

Die *actio legis Aquiliae*, auf die der III. Senat Bezug nimmt, geht auf die aus dem dritten Jahrhundert v. Chr. stammende *Lex Aquilia* zurück, die eine grundlegende Regelung des Rechts der Sachbeschädigung brachte.²³³ Das erste Kapitel legte fest, dass bei Tötung fremder Sklaven und vierfüßiger Herdentiere eine *poena* zu zahlen ist, und zwar in Höhe des Höchstwertes, den die Sache im letzten Jahr gehabt hat. Im dritten Kapitel wurden alle Schäden, die durch Brennen, Brechen und Zerreißen herbeigeführt wurde, mit einer Privatstrafe belegt. Hierbei war die Strafe nach dem Höchstwert der Sache innerhalb der letzten 30 Tage zu bemessen.²³⁴ In allen Fällen richtete sich die *poena* somit nach dem *damnum*, dem Vermögensschaden, wenn auch nicht in der Weise, dass der Schaden im Zeitpunkt der Beschädigung maßgebend war. Es handelte sich also bei der *actio legis Aquiliae* zwar um eine *actio poenalis*, jedoch um eine solche mit sachverfolgender Funktion, weshalb man in späterer Zeit von einer *actio mixta* sprach.^{235 236}

Die mit der *actio legis Aquiliae* erstrebte *poena* enthielt also ursprünglich keine Spur eines Schmerzensgeldes.²³⁷

²³¹ JÖRS/KUNKEL, Röm. Privatrecht (1949), S. 168/169; HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 2.

²³² "Sed duae erunt aestimationes, alia damni alia contumeliae" (Ulpian, D 9, 2, 5, 1).

²³³ KASER/KNÜTEL, Röm. Privatrecht (2003), § 51 II.

²³⁴ JÖRS/KUNKEL, Röm. Privatrecht (1949), S. 257.

²³⁵ KASER/KNÜTEL, Röm. Privatrecht (2003), § 35 II.

²³⁶ Die "Lex Aquilia" hat im Laufe der Zeit durch prätorische Rechtsschöpfungen eine große Ausdehnung erfahren, nämlich durch die Gewährung von "actiones utiles legis Aquiliae" und "actiones in factum".

²³⁷ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 3.

Die *actio iniuriarum* stellt eine Fortentwicklung der Injurienhaftung der Zwölftafeln²³⁸ dar. Die Zwölftafeln unterschieden bei der *iniuria* drei Fälle von Personalverletzungen: *membrum ruptum*, *os fractum* und *si iniuriam alteri faxsit*.²³⁹ Welche Fälle unter die Generalnorm subsumiert wurden, ist nicht ganz klar. Es ist jedoch anzunehmen, dass hierunter nur Körperverletzungen gefasst wurden.²⁴⁰ Während nun bei der schweren Körperverletzung des *membrum ruptum* die Zwölftafeln noch die *Talio*, die Vergeltung mit demselben Übel, kannten, wurden die minderen Verletzungen mit festen Bußen (*poena*) belegt. Da die festen Bußen mit der fortschreitenden Geldentwertung mehr und mehr ihren Sinn verloren, trat im honorarischen Recht eine freie Schätzung der *poena* an ihre Stelle.²⁴¹ Gleichzeitig aber erfuhr der Injurienbegriff eine Wandlung: Während die Zwölftafeln von der Körperverletzung ausgingen, erschien jetzt – wahrscheinlich unter dem Einfluss der griechischen Stadtrechte – als *iniuria* jede absichtliche Überhebung einer Person über eine andere, jede Betätigung der Missachtung gegenüber einer anderen Person.²⁴² Eine solche Verletzung der Persönlichkeit konnte durch Handlungen und Worte begangen werden. Lag ein solcher Fall der *Injurie* vor, so stand dem Verletzten eine *poena* zu, die er mit der *actio iniuriarum aestimatoria* geltend machen konnte. Der Sinn der *poena* war, dem Täter zur Sühne für das begangene Unrecht ein Übel aufzuerlegen und auf der anderen Seite dem Verletzten eine Genugtuung zu verschaffen.²⁴³

Hinsichtlich der Bemessung der *poena* ist aus den Quellen nur zu entnehmen, dass die Richter in der Prozessformel angewiesen wurden, den

²³⁸ Das Zwölf-Tafel-Gesetz war der erste große Erfolg der Plebs im Ständekampf – eine Kodifikation des gesamten damals geltenden Rechts im Jahre 449 v. Chr. (vgl. LIEBS, Röm. Recht (1993), S. 20).

²³⁹ Institutiones IV, 4, 7.

²⁴⁰ MOMMSEN, Röm. Strafrecht (1899), S. 786/787.

²⁴¹ JÖRS/KUNKEL, Röm. Privatrecht (1949), S. 259 a.E.

²⁴² KASER/KNÜTEL, Röm. Privatrecht (2003), § 51 III; JÖRS/KUNKEL, Röm. Privatrecht (1949), S. 259; MOMMSEN, Röm. Strafrecht (1899), S. 787/788.

²⁴³ Eine Form des Schmerzensgeldes sehen in dieser "poena" jedoch SEITZ (Schmerzensgeldklage (1860), S. 109) und WEBER (Schmerzensgeld (1955), S. 5); a.A. BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 3/4; HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 4.

Beklagten auf den Betrag zu verurteilen, der ihnen als recht und billig (*aequum et bonum*) erschien.²⁴⁴ Diese allgemeine Fassung der Formel erlaubte es den Richtern, die Umstände des Einzelfalles zu würdigen. Es lässt sich nicht ausschließen, dass im Rahmen der *aequitas* auch die vom Verletzten erlittenen Schmerzen und körperlichen Leiden berücksichtigt wurden. In klassischer Zeit und auch später stand aber bei der Injurienhaftung der Gedanke des Ehrenschatzes im Vordergrund, woraus zu schließen ist, dass für die Höhe der *poena* der Grad der Ehrverletzung ausschlaggebend war und die vom Verletzten erlittenen körperlichen Leiden, wenn überhaupt, so doch nur unter dem Aspekt der Ehrverletzung beachtet wurden, z.B. dann, wenn sich in ihrer Zufügung die besondere Ehrlosigkeit des Täters zeigte.²⁴⁵

Die *actio iniuriarum aestimatoria* ließ für den Bereich des römischen Rechts eine besondere Schmerzensgeldklage als nicht erforderlich erscheinen, sie selbst kann aber nicht als Schmerzensgeldklage bezeichnet werden. Sie hätte zwar zum Ausgangspunkt einer solchen werden können, dies war aber nicht der Fall. Wenn nach der Rezeption vereinzelt auf die *actio iniuriarum aestimatoria* zurückgegriffen wurde, so geschah es nur deshalb, um ein bereits bestehendes Rechtsinstitut in das römische Recht einzubauen.²⁴⁶

Bei genauer Betrachtung kann aus heutiger Sicht demnach weder in der *poena* aus der *actio legis Aquiliae* noch in der aus der *actio iniuriarum aestimatoria* der dogmatische Ursprung des Schmerzensgeldes gesehen werden.

²⁴⁴ *Ulpian*, D 47, 10, 11, 1: "ex bono et aequo"; *Ulpian*, D 47, 10, 17, 2: "quantum ob eam rem aequum iudici videbitur".

²⁴⁵ **HOFSTETTER**, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 4/5.

²⁴⁶ **HOFSTETTER**, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 5.

b) Schmerzensgeld bei den Glossatoren und Kommentatoren

Die mittelalterlichen Juristen folgten in der Lehre über die Begehungsweise einer Schädigung, nämlich Angriffsobjekt und Kausalität, weitgehend den justinianischen Quellen. Die *actio legis Aquiliae* blieb grundsätzlich an die Beschädigung körperlicher Gegenstände gebunden. Es zeigte sich aber bereits die Tendenz, den Anwendungsbereich der Klage auf Sachbeschädigungen hinaus auf unmittelbare Vermögensschädigungen auszudehnen. Es erfolgte aber keineswegs ein Durchbruch zu einer allgemeinen Schadensersatzklage für jeden Vermögensschaden. Für *culpa levissima* wurde nur bei Schädigung *committendo*, nicht *omittendo* gehaftet. Die *actio legis Aquiliae* behielt ihre Doppelfunktion als Straf- und Schadensersatzklage.²⁴⁷

Nicht allein bei Körperverletzung eines freien Menschen, sondern auch bei Tötung gewährten die Glossatoren die *actio legis Aquiliae utilis* (auf Ersatz allfälliger Heilungskosten, die vor dem Tode entstanden waren und auf Ersatz des durch Wegfall des Ernährers entstandenen Vermögensschadens). Ansprüche auf Schmerzensgeld waren weiterhin nach der Regel *liberum corpus nullam recipit aestimationem*²⁴⁸ ausgeschlossen.²⁴⁹ Schmerzen waren allenfalls eines der Bemessungsmomente bei der Festsetzung der *poena*, nicht der Grund des Anspruchs, und dies auch nur bei den Injurien, die körperliche Beeinträchtigungen zur Folge hatten.^{250 251}

c) Schmerzensgeld aus Artikel 20 und 21 der Carolina?

In Art. 20 der Peinlichen Halsgerichtsordnung *Karls V.* von 1532 (CCC) ist bestimmt, dass nur bei "redlicher anzeygung" gefoltert werden dürfe,

²⁴⁷ WESENBERG/WESENER, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985), § 5 III 9.

²⁴⁸ D. 9, 1, 3; D. 9, 3, 7.

²⁴⁹ WESENBERG/WESENER, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985), § 5 III 9.

²⁵⁰ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 6.

²⁵¹ Vgl. ergänzend zu der in der Glossatoren- und Kommentatorenzeit entwickelten Lehre vom "interesse singulare" HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 6/7.

d.h. nur dann, wenn Indizien von erheblicher Verdachtsstärke zur Rechtfertigung der Folter vorhanden sind. Für den Fall nun, dass ein Richter folterte, obwohl diese Voraussetzung nicht vorlag, sagt Art. 20 weiter:

"Wa auch einiche oberkeit oder Richter jnn sollichem uberfuren, sollenn die dem, so also wider Recht one die bewisen anzeygung gemartert werde, seiner schmach, schmerzen, costen und schadenn der gepure ergezung zu thun schulldig sein."²⁵²

In Art. 21 ist ein Spezialfall herausgegriffen. Hier wird es dem Richter untersagt, auf Anzeigen von Wahrsagern zu foltern. Für den Fall der Zuwiderhandlung trifft Art. 21 eine der des Art. 20 entsprechende Regelung:

"So auch der richter darüber auff solche der warsäger angeben, weither fürfüre, soll er dem gemarterten, kosten, schmerzen, iniurien vnd schaden, wie inn nechst obgesatztem artickel gemelt, abzulegen schulldig sein."²⁵³

In den beiden Vorläuferinnen der CCC, der Bamberger Halsgerichtsordnung (*mater Carolinae*) von 1507 und der Brandenburger Halsgerichtsordnung (*soror Carolinae*) von 1516 sind gleichlautende oder entsprechende Bestimmungen noch nicht enthalten. Die dem Art. 20 entsprechenden Bestimmungen dieser Gesetzbücher (Art. 28) bringen nur den ersten Satz des späteren Art. 20. Auch im ersten Entwurf der Carolina fehlt obige Regelung. Erstmals findet sie sich im zweiten Projekt vom Jahre 1529 unter Art. 22.^{254 255}

²⁵² HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 13 a.E.

²⁵³ ZOEPFL, Peinliche Gerichtsordnung (1876), S. 30/31 re. Sp.

²⁵⁴ ZOEPFL, Peinliche Gerichtsordnung (1876), S. 29 unten; SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 116; BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 8.

²⁵⁵ Auf welche Weise diese Bestimmung in den zweiten Entwurf kam, lässt sich nicht mehr feststellen. Nach SEITZ (Schmerzensgeldklage (1860), S. 117) sollen diese Vorschriften durch eine Beratungskommission, die hauptsächlich aus sächsischen Juristen bestand, in das Gesetz aufgenommen worden sein. Diese Ansicht wird aber von Seitz nicht bewiesen (ebenso BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 8).

Inhaltlich stellt diese Regelung keine Neuschöpfung der Carolina dar. In einer Kölner Chronik wird bereits aus dem Jahre 1431 berichtet, dass einen zu Unrecht Torquierten "vur sinen smertzen 10 gulden zo geven" sind.²⁵⁶

In Art. 20 und 21 CCC, auf die auch der III. Senat Bezug nimmt, ist also geregelt, dass ein Richter, der rechtswidrig foltert, auch für die zugefügten Schmerzen eine "ergezung" bezahlen muss. Die besondere Erwähnung der Schmerzen war hier deshalb angebracht, weil es gerade bei der Folter darauf ankam, dem zu Folternden die stärksten Schmerzen zu bereiten, ohne ihm nennenswerte Körperverletzungen zuzufügen.²⁵⁷ Eine selbständige Schmerzensgeldklage hat die Carolina mit diesen Bestimmungen jedoch nicht geschaffen. Die "ergezung" erstreckte sich nicht nur auf die Schmerzen oder den sonstigen in Zusammenhang mit der Körperverletzung entstandenen immateriellen Schaden, sondern daneben sollte auch der Vermögensschaden berücksichtigt werden. Als weiteres Bemessungsmoment wird die "schmach" genannt; damit spielte also auch der Gedanke der verletzten Ehre bei der "ergezung" eine Rolle.

Wollte man in Art. 20, 21 CCC den Ursprung des Schmerzensgeldes sehen, wäre – da sich die betreffenden Stellen ihrem Wortlaut nach nur auf Richter und nur auf den Körperschmerz, der die Folge rechtswidrigen Folterns ist, beziehen – dafür zunächst erforderlich gewesen, diese Bestimmungen auf sämtliche Personen und auf jede Art von Körperverletzungen auszudehnen. Davon findet sich aber nichts. Die Kommentatoren der CCC, *Mathias Stephan*²⁵⁸, *Caspar Manz*²⁵⁹, *Christoph Blumblacher*²⁶⁰, *Jakob Otto*²⁶¹, *Joh. Paul Kress*²⁶², bringen bei der Erläu-

²⁵⁶ Städtechroniken (1877), S. 769 a.E.

²⁵⁷ ELTERLEIN, Schmerzensgeld (1844), S. 126.

²⁵⁸ Caroli Quinti Constitutiones (1670).

²⁵⁹ Commentarius in Kayser Carl des Fünfften Halsgerichts-Ordnung (1678).

²⁶⁰ Commentarius rationalis in crim. Sanct. Car. (1676).

²⁶¹ Peinliche Halsgerichtsordnung (1696).

²⁶² Commentatio succincta in Const. Crim. Car. V. Imp. (1746).

terung der Art. 20 und 21 CCC nur den speziellen Fall des missbräuchlichen Folterns durch einen Richter.²⁶³

Erst gegen Ende des 17. Jahrhunderts, als die Schmerzensgeldklage fast allgemeine Verbreitung gefunden hatte und Bedenken auftauchten, ob sie auch im gemeinen Recht Geltung habe, stützte man sich zur besseren Begründung auf die Carolina.²⁶⁴

d) Schmerzensgeld im sächsischen Recht des 16. und 17. Jahrhunderts (Carpzov)

Während in anderen Ländern die Bußen verschwanden, behielten in Sachsen die festen Körperverletzungsbußen des Sachsenspiegels ihre Geltung. Erst die kurfürstlichen Constitutionen von 1572 beseitigten sie. Eine Erwähnung der Schmerzen findet sich aber bei den sächsischen Juristen des 16. Jahrhunderts weder vor noch nach 1572.²⁶⁵

Eine solche taucht erstmals bei *Benedikt Carpzov* (1595-1666) auf, den der III. Senat stellvertretend für seine Epoche erwähnt. Wie dieser in seinem Werk *Practica Nova Imperialis Saxonicae Rerum Criminalium* von 1646 ausführt²⁶⁶, war der Täter einer Körperverletzung nach dem damaligen sächsischen Recht zu dreierlei verpflichtet: Zum einen hatte er dem Verletzten eine Buße (*emenda*) zu zahlen, zum anderen war er verpflichtet, ihm seinen Vermögensschaden zu ersetzen (*interesse*). Außerdem aber wurde ihm eine öffentliche Strafe (*poena arbitraria carceris relegationis vel mulcta pecunaria*) auferlegt. *Carpzov* bezeichnete diese *poena* als "Civilstrafe". Bei schweren Körperverletzungen konnte auf eine peinliche Strafe

²⁶³ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 15.

²⁶⁴ Vgl. STRYCK, *Usus Modernus* (1713), lib IX, II, 10: "non iniqua est illa praxis, (...), quae res fundamentum habet in Const. crim. Art. 20, ubi iudex ob torturam inique illatam, etiam in compensationem doloris ad arbitriam quondam satisfactionem condemnari potest, (...)". (zitiert nach HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 15 FN 82).

²⁶⁵ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 16 m.w.N.

²⁶⁶ Pars II quaest. XCIX.

(*poena corporis afflictiva*) erkannt werden. Altem deutschem Recht zufolge fielen dann der Bußanspruch und auch der Anspruch auf das Interesse weg.²⁶⁷

Die Buße wurde vom Gericht festgesetzt. *Carpzov* definierte sie als

"aestimatio mutilati membri et corporis, quae de iure Saxonico vulnerato debetur ratione doloris, iniuriaeque illatae ac corporis lacerati."²⁶⁸

Die Buße diene also zum einen dazu, dem Verletzten für die erlittenen Schmerzen und den sonstigen durch die Körperverletzung entstandenen Schaden (Entstellung, Verstümmelung) einen Ausgleich zu schaffen. Daneben aber stand gleichwertig der Gedanke, dem Verletzten für die ihm angetane Ehrverletzung eine Genugtuung zu geben.²⁶⁹

Nach *Carpzov* kamen aber auch in Sachsen die Bußen außer Übung. Eine Berücksichtigung der Schmerzen innerhalb der Buße war nun nicht mehr möglich. Die Entschädigung erfolgte jetzt, genau wie im übrigen Deutschland, durch ein selbständiges Schmerzensgeld, das in Kursachsen bereits 1712 eine gesetzliche Regelung gefunden hat. Ausnahmsweise bei Verstümmelung blieben die Bußen bis zum Criminalgesetzbuch von 1838 in Anwendung. Dabei schlossen sich die Gerichte den von *Carpzov* aufgestellten Taxen an, so dass es sich auch hier wiederum um feste Bußen handelte und eine individuelle Berücksichtigung immaterieller Schäden nicht möglich war.

²⁶⁷ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 16.

²⁶⁸ *Carpzov*, *Practica Nova*, Pars II quaest. XCIX, n. 28 (HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), FN 89)

²⁶⁹ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 16.

e) Schmerzensgeld in der Praxis des 16.-18. Jahrhunderts

Während die justinianischen Quellen eine Entschädigung von Körperschmerzen nicht ausdrücklich ablehnten, enthielten sie für Verunstaltungen den Grundsatz *cicatricum autem deformitatis nulla fit aestimatio*²⁷⁰. Dieser Satz wirkte im Zuge der Rezeption hemmend auf die Entwicklung des Schmerzensgeldes.²⁷¹

Während die Juristen des 16. Jahrhunderts von einer Berücksichtigung der Schmerzen nicht sprechen, lehnen die des beginnenden 17. Jahrhunderts vom Standpunkt des römischen Rechts eine solche ab. Auf die Dauer aber erwies sich das einheimische Recht als stärker. Die ersten bejahenden Stellungnahmen stammen aus dem ausgehenden 17. Jahrhundert. Dabei wurde das reine Schmerzensgeld fast ausschließlich unter die *actio legis Aquiliae (utilis)*, die sich zu dieser Zeit mehr und mehr zu einer Ersatzklage ausgebildet hatte, eingeordnet und dem Anspruch auf Ersatz der Arztkosten und des entgangenen Gewinns an die Seite gestellt. Nur vereinzelt findet sich eine Subsumtion unter die *actio iniuriarum aestimatoria*. Gegen Ende des 18. Jahrhunderts war die gemeinrechtliche Geltung des reinen Schmerzensgeldes fast unangefochten.²⁷²

Eine Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung wurde bis zur Mitte des 17. Jahrhunderts im Hinblick auf die ablehnenden justinianischen Quellen ebenfalls versagt. Dann mehrten sich die befürwortenden Stimmen. Im Vordergrund stand dabei der Fall, dass eine unverheiratete Frau entstellt wird. Die hier erwähnte Entschädigung sollte jedoch einen Vermögensschaden, die durch die Verunstaltung geminderte *spes sustentationis per matrimonium*, ausgleichen. Daneben findet sich aber ein Verunstaltungsgeld auch als Entschädigung für erlittene immaterielle Schäden.

²⁷⁰ Gaius, D 9, 3, 7.

²⁷¹ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 20.

²⁷² HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 73.

Auch das Verunstaltungsgeld wurde vorwiegend als Ersatz aufgefasst und unter die *actio legis Aquiliae* subsumiert.²⁷³

Über das reine Schmerzensgeld und das Verunstaltungsgeld hinaus findet sich in der damaligen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis nur ausnahmsweise eine Entschädigung von Nichtvermögensschäden. So entschied *Mevius* im Tribunal von Wismar, der Vater eines getöteten Sohnes könne eine Entschädigung auch dessen verlangen, *quod ob affectionem inde dolet*.²⁷⁴ Eine Entschädigung immateriellen Schadens wegen Freiheitsentziehung wurde hingegen in einem Konsilium *Godens* abgelehnt.²⁷⁵

f) Schmerzensgeld in Literatur und Praxis des 19. Jahrhunderts

In der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts finden sich noch vereinzelt Stimmen, die dem Schmerzensgeld die gemeinrechtliche Geltung überhaupt absprechen.

Es ist dies vor allem *Carl Joseph Seitz* in seinen 1860 erschienenen "Untersuchungen über die heutige Schmerzensgeldklage". Für ihn waren die altdeutschen Körperverletzungsbußen Schmerzensgelder.²⁷⁶ Aus dieser Identität von Körperverletzungsbußen und Schmerzensgeld folgte er nun, mit dem Verschwinden der Bußen überhaupt habe auch das Schmerzensgeld seine Rechtsgrundlage verloren.²⁷⁷ Er übersieht jedoch dabei, dass das Schmerzensgeld sich von der Buße losgelöst hatte und zu einem selbständigen zivilrechtlichen Entschädigungsanspruch geworden war. *Seitz* muss zwar einräumen, dass das Schmerzensgeld nach dem Verschwinden des Bußstrafrechts in der Praxis eine beachtliche Rolle gespielt

²⁷³ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 73 .

²⁷⁴ MEVIUS, Decisiones (1675), dec. 211 (zitiert nach HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 22).

²⁷⁵ GODEN, Consilia (1563), cons. 102 n. 24: "Non fit ergo hic aestimatio liberi corporis vel libertatis, (...)".

²⁷⁶ SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 121.

²⁷⁷ SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 128.

hat und auch zu seiner Zeit in tatsächlicher Übung steht.²⁷⁸ Nach seiner Meinung stellt aber diese faktische Übung deshalb kein Gewohnheitsrecht dar, weil es hierzu an der notwendigen Vernünftigkeit fehle; denn es sei ein keine Ausnahme duldendes Prinzip, dass die Strafe nicht Privatrecht werden könne.²⁷⁹

Die Auffassung von *Seitz* wurde in der damaligen Literatur stark angegriffen.²⁸⁰ Außer von *Seitz* wurde auch von *Gengler*²⁸¹ und *Marezoll*²⁸² dem Schmerzensgeld die gemeinrechtliche Geltung abgesprochen. Eine nähere Begründung findet sich bei keinem der Autoren. Sie weisen lediglich darauf hin, es handele sich um eine Deliktsforderung von nur partikularrechtlicher Bedeutung.

*Degenkolb*²⁸³ beschränkte den Begriff des Schadensersatzes ebenfalls auf den Ersatz des Vermögensschadens.²⁸⁴

Hingegen liegt nach *Bocksch* der Fehler derjenigen, die die Möglichkeit eines Ersatzes von immateriellen Schäden leugnen, darin, dass sie "Ersatz" gleich "vollen Ersatz" setzen. Ein voller Ersatz sei nicht möglich, dagegen ein annähernder²⁸⁵.

Zur Begründung des gemeinrechtlichen Schmerzensgeldanspruches beriefen sich die Autoren des 19. Jahrhunderts vielfach, wie der III. Senat, auf Art. 20 CCC.²⁸⁶ Teilweise wurde aber auch erkannt, dass nicht die ausdrückliche Bestimmung des Art. 20 CCC die Rechtsquelle des Schmerzensgeldes darstellt, sondern dass es sich um ein Rechtsinstitut des deut-

²⁷⁸ SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 136.

²⁷⁹ SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860), S. 153.

²⁸⁰ WINDSCHEID, Pandekten, 2. Bd. (1870), S. 706, Anm. 30; WÄCHTER, Die Busse (1874), § 23, S. 84 FN 66.

²⁸¹ Deutsches Privatrecht (1859), § 38, S. 91.

²⁸² Gemeines deutsches Criminalrecht (1841), S. 322.

²⁸³ Inhalt des Schadensersatzes (1890), S. 23 ff.

²⁸⁴ Ebenso BINDING, Normen (1922), § 58, S. 437 a.E. Nach ihm können Schmerzen vergütet, aber nicht ersetzt werden. Er wendet sich gegen den von DEGENKOLB verwendeten Ausdruck "Genugtuung", da dadurch ein pönales Element angedeutet werde, es sich hier aber um einen Anspruch handele, der "parallel" dem Schadensersatzanspruch zu behandeln sei (BINDING, Normen (1922), § 58, S. 437/438 FN 9).

²⁸⁵ Schmerzensgeldklage (1898), S. 44 ff.

²⁸⁶ HOLZSCHUHER, Gemeines Civilrecht (1881), § 326, S. 1120; GRÜNDLER, Polemik (1833), S. 302; TITTMANN, Peinliches Recht (1806), 1. Teil, S. 432 FN t).

schen Gewohnheitsrechts handelt²⁸⁷, dessen Wurzeln in eine Zeit vor der Carolina zurückreichen.

Das Gewohnheitsrecht spielte in der Theorie des 19. Jahrhunderts eine wichtige Rolle, bot es doch ein überzeugendes Beispiel für die organische Rechtsbildung aus dem Bewusstsein des Volkes und somit für die Richtigkeit der von der Historischen Schule vertretenen Thesen. Insbesondere *Puchta*, der bedeutendste Schüler *Savignys*, hatte sich eingehend mit dem Gewohnheitsrecht befasst.²⁸⁸ *Puchtas* Lehren setzten sich im Bereich der Historischen Rechtsschule vollständig durch und wurden später von *Savigny* übernommen.²⁸⁹

In der gemeinrechtlichen Praxis des 19. Jahrhunderts wurde unter Schmerzensgeld nur das reine Schmerzensgeld verstanden, also lediglich die Entschädigung der erlittenen Körperschmerzen. Ein Schmerzensgeld im weiteren Sinne hat sich nicht herausgebildet.²⁹⁰

Eine unangefochtene Rechtsstellung hat dieses Rechtsinstitut auch im 19. Jahrhundert nicht erlangt. Unter den zahlreichen Entscheidungen, die sich mit dem Schmerzensgeld befassen, finden sich immer noch vereinzelt solche, die einen derartigen Anspruch ablehnen. So bestätigte das Oberappellationsgericht zu Wiesbaden am 6. September 1839 ein Urteil des Hof- und Appellationsgerichts zu Dillenburg, welches Schmerzensgeld unter Berufung auf den entgegenstehenden römisch-rechtlichen Grundsatz von der Unschätzbarkeit des Körpers abgelehnt hatte.²⁹¹ In dem Urteil wurde ausgeführt, gegenüber der ausdrücklichen Ablehnung in den Digesten könne eine gegenteilige Praxis nicht in Betracht kommen. Auch

²⁸⁷ HEFFTER, Strafrecht (1857), S. 224; GENSLE, Bemerkungen (1818), S. 145.

²⁸⁸ SAVIGNY, Beruf unserer Zeit (1814), S. 14 ff.; PUCHTA, Gewohnheitsrecht, 1. und 2. Teil (1828 und 1837); vgl. SCHEUERMANN, Historische Rechtsschule (1972), S. 75, 79-85; WIEACKER, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967), S. 399 f.

²⁸⁹ WOLF, Große Rechtsdenker (1963), S. 493/494.

²⁹⁰ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 53.

²⁹¹ SA, Bd. 13 (1860), Nr. 31, S. 44.

finde der Anspruch in Art. 20 CCC keine Stütze, da dort nur für den Fall, dass jemand auf Veranlassung eines Richters rechtswidrig gefoltert werde, eine Berücksichtigung der Schmerzen vorgesehen sei.

Aus einem anderen Grund lehnte das OAG Lübeck das Schmerzensgeld ab: In seiner Entscheidung vom 20. Februar 1873²⁹² ging das Gericht davon aus, die Schmerzensgeldklage sei eine Privatpönalklage. Nach § 2 Abs. 1 des Einführungsgesetzes zum deutschen Strafgesetzbuch komme aber dem deutschen StGB für die von ihm geregelten Materien ausschließliche Geltung zu und zu diesen Materien gehöre auch die Körperverletzung. Da das StGB bei Behandlung der Körperverletzung das Schmerzensgeld als Straffolge nicht erwähne, folge daraus, dass nach dem Willen des Gesetzes eine derartige Privatpönalklage nicht begründet sei.

Die zahlreichen übrigen einschlägigen Entscheidungen der obersten Gerichte bejahen demgegenüber grundsätzlich ein Schmerzensgeld, wenn sie auch in Einzelfragen voneinander abweichen. In manchen Urteilen wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass der Schmerzensgeldklage eine gemeinrechtliche und nicht nur partikularrechtliche Geltung zukomme.²⁹³

Zur Begründung erfolgt vereinzelt der Hinweis darauf, das Schmerzensgeld sei außer auf das deutsche Recht auch auf die natürliche Billigkeit gegründet, ohne dass jedoch dieser Gedanke näher ausgeführt würde.²⁹⁴ Überwiegend wird jedoch von der damaligen Praxis auf ein deutsches Gewohnheitsrecht Bezug genommen, welches das römische Recht modifiziert habe, wobei als Ausgangspunkt für dieses Gewohnheitsrecht Art. 20 CCC angegeben wird.^{295 296}

²⁹² SA, Bd. 32 (1877), Nr. 239, S. 308 f.

²⁹³ OAG Rostock, Erk. v. 30.10.1871, SA, Bd. 31 (1871), Nr. 232, S. 295; Oberster Gerichtshof für Bayern, Erk. v. 12.11.1875, SA, Bd. 31 (1871), Nr. 231, S. 294; OLG Hamburg, Urt. v. 22.5.1883, SA, Bd. 39 (1884), Nr. 302, S. 410.

²⁹⁴ OAG München, Erk. v. 6.12.1860, SA, Bd. 15 (1862), Nr. 131, S. 210.

²⁹⁵ OAG München, Erk. v. 14.6.1851, SA, Bd. 4 (1851), Nr. 227, S. 363; AppG Celle, Erk. v. 4.1.1872, SA, Bd. 27 (1873), Nr. 30; OAG Rostock, Erk. v. 30.10.1871, SA, Bd. 31 (1871), Nr. 232, S. 295; OLG Hamburg, Erk. v. 22.5.1883, SA, Bd. 39 (1884), Nr. 302, S. 410.

g) Zwischenergebnis

Die *actio legis Aquiliae* kann zwar aus heutiger Sicht nicht als dogmatischer Ursprung der Schmerzensgeldklage erachtet werden, aus der Sicht eines Juristen des 19. Jahrhunderts allerdings war das Heranziehen dieses Instituts als Rechtsgrundlage für den Schmerzensgeldanspruch keineswegs abwegig, sondern vielmehr seit dem ausgehenden 17. Jahrhundert verbreitete Ansicht.

Auch in Art. 20, 21 CCC kann, da es sich bei diesen Vorschriften um den Spezialfall des Ausgleichs für widerrechtliche Folter durch einen Richter handelt, nach heutigem Verständnis nicht die Rechtsquelle des Schmerzensgeldes gesehen werden; zum Zeitpunkt der Entscheidung des III. Senats 1882 lag sowohl in der Literatur wie auch in der Praxis hier allerdings üblicherweise – zusammen mit dem Verweis auf das "gemeine deutsche Gewohnheitsrecht" – der Begründungsschwerpunkt.

Wenn der III. Senat zu Beginn seiner rechtlichen Ausführungen zunächst feststellt, die Pflicht des Beklagten, dem Kläger u.a. Schmerzensgeld zu leisten, ergebe sich aus "den Grundsätzen des aquilischen Gesetzes"²⁹⁷, so war dieser Ansatzpunkt also ebenso wie der Rückgriff auf Art. 20, 21 CCC zwar nicht zwingend, aber doch vor allem aus der Zeit der Entscheidung heraus naheliegend. Erst recht gilt dies für die Bezugnahme auf deutsches Gewohnheitsrecht.

Zuletzt erscheint auch die Feststellung plausibel, der Anspruch auf Schmerzensgeld habe "seit Carpzows Zeiten in der entschiedensten Weise sich ausgebildet"²⁹⁸.

²⁹⁶ Dass Art. 20 CCC historisch gesehen nicht den Ursprung des Schmerzensgeldes darstellt, wurde oben bereits nachgewiesen.

²⁹⁷ Originaltext, S. 2.

²⁹⁸ Originaltext, S. 2..

Insgesamt schwamm der III. Senat mit seiner Begründung demnach mit dem Strom seiner Zeit.

4. Die rechtlichen Argumente des III. Senats

Vermag die vom III. Senat 1882 in der Sache *Steup* gegen *Kolb* getroffene Wahl der Rechtsgrundlage(n) aus dem Blickwinkel eines Juristen dieser Zeit keine ernsthafte Kritik hervorzurufen, fragt sich weiter, wie die rechtlichen Ausführungen, die er dieser ersten Einordnung anschloss, zu beurteilen sind.

Die Zuerkennung von Schmerzensgeld stützte der III. Senat auf folgende Argumente:

- Der Anspruch auf ein Geldäquivalent für die durch die Verletzung erlittenen Schmerzen sei eine in der damaligen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis allgemein angenommene Ansicht; wenn auch nicht über die innere Natur, so sei sich doch auch die neueste (damalige) gemeinrechtliche Doktrin über die fortdauernde Gültigkeit des Anspruches beinahe vollständig einig; Beweis für den Bestand dieser gewohnheitsrechtlichen Norm seien die in Seuffert's Archiv veröffentlichten Urteile der verschiedensten deutschen Gerichtshöfe. (hierzu unter a), S. 91 f.)
- Seine Begründung finde der Schmerzensgeldanspruch in einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrechte. (hierzu unter b), S. 92 ff.)
- Auch in einer Reihe neuerer deutscher Gesetzgebungen habe diese Rechtsauffassung Anerkennung gefunden, während der Umstand, dass andere deutsche Legislationen sich ver-

anlasst sahen, den Anspruch auf Schmerzensgeld ausdrücklich abzuschaffen, gerade belege, dass man auch dort den Anspruch als bestehend angesehen hatte. (hierzu unter c), S. 99 ff.)

a) Überzeugende Bezugnahme auf die "in der heutigen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis allgemein angenommene Ansicht"?

Auf die Spruchpraxis der obersten Gerichte sowie die von der Literatur des 19. Jahrhunderts vertretenen Ansichten wurde oben (S. 85 ff.) bereits eingegangen; hierauf wird verwiesen.

Danach hatte das Rechtsinstitut des Schmerzensgeldes weder in Doktrin noch Praxis dieser Zeit eine unangefochtene Rechtsstellung erlangt. Es geht daher zu weit, wie der III. Senat eingangs seiner diesbezüglichen Ausführungen von einer "allgemein angenommenen Ansicht"²⁹⁹ zu sprechen; allerdings können die die Existenz des Schmerzensgeldes grundsätzlich bejahenden Stimmen durchaus als die herrschende Meinung bezeichnet werden. So relativiert denn auch der III. Senat seine eingangs etwas zu weit getroffene Feststellung wie folgt:

"Auch die neueste gemeinrechtliche Doktrin ist, wenn auch nicht über die innere Natur, so doch über die fortdauernde Gültigkeit des Anspruches beinahe vollständig einig."³⁰⁰

Diese Aussage verdient volle Zustimmung.

Auch der Verweis auf die in *Seuffert's* Archiv veröffentlichten Urteile trifft im Grundsatz zu (vgl. oben S. 88/89). Allerdings war das vom III.

²⁹⁹ Originaltext, S. 2.

³⁰⁰ Originaltext, S. 2/3.

Senat erwähnte Urteil des OAG Wiesbaden vom 6. September 1839³⁰¹ nicht, wie von diesem behauptet das einzige, das das Schmerzensgeld versagte; vielmehr lehnte auch das OAG Lübeck in seiner Entscheidung vom 20. Februar 1873³⁰² das Schmerzensgeld ab. In der Tat bejahen die zahlreichen übrigen einschlägigen Entscheidungen der obersten Gerichte grundsätzlich ein Schmerzensgeld, wenn sie auch, wie ja auch der III. Senat einräumt, in Einzelfragen voneinander abweichen.

Auch in diesem Zusammenhang gilt also wiederum, dass die vom III. Senat getätigten Aussagen zwar nicht vollkommen unkritisch übernommen werden können, aber jedenfalls gut nachvollziehbar sind.

b) Gemeines deutsches Gewohnheitsrecht

Betrachtet man die Rechtsprechung des Reichsgerichts insgesamt, so spielte die Anwendung von Gewohnheitsrecht keine allzu große Rolle. Es gibt nur wenige Urteile zu diesem Komplex. Die *Amtliche Sammlung* weist in jedem Band lediglich ein bis zwei Entscheide zu der Frage auf, ob bestimmte gewohnheitsrechtliche Sätze anzuwenden seien.³⁰³ Die überwiegende Zahl der Urteile stammt aus dem Bereich des gemeinen Rechts. Für den Bereich des rheinischen Rechts findet sich kein einziges Urteil zum Gewohnheitsrecht. Aus dem Gebiet des Preußischen Allgemeinen Landrechts stammen nur wenige Entscheide zu Materien, die im Preußischen Allgemeinen Landrecht nicht oder nur unvollständig geregelt waren.³⁰⁴

In der Theorie übernahm das Reichsgericht die Thesen *Puchtas* zum Gewohnheitsrecht, ohne sich allerdings jedes Mal auf ihn zu berufen.³⁰⁵ Es

³⁰¹ SA, Bd. 13 (1860), Nr. 31.

³⁰² SA, Bd. 32 (1877), Nr. 239, S. 308 f.

³⁰³ Jeder Bd. der "Amtlichen Sammlung" enthält ca. 90 Urteile zum Zivilrecht; somit befassen sich nicht mehr als 2% der Entscheide mit Fragen des Gewohnheitsrechts.

³⁰⁴ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 367.

³⁰⁵ SCHEUERMANN, Historische Rechtsschule (1972), S. 85 ff.; eine ausdrückliche Bezugnahme auf *Puchta* findet sich z.B. in RGZ 12, 292, 293 FN 1.

erblickte im Gewohnheitsrecht eine Rechtsquelle, die gleichberechtigt neben dem Gesetzesrecht stand. So erklärte der III. Senat:

"Das Berufungsgericht irrt jedoch rechtsgrundsätzlich, wenn es im allgemeinen die Möglichkeit der Bildung eines Gewohnheitsrechts gegen ein Gesetz in Abrede zieht (...). (Es) wird dem Gewohnheitsrechte dieselbe Kraft und Geltung beigelegt, wie sie einem Gesetze im engeren Sinne zukommt."³⁰⁶

Das Gewohnheitsrecht konnte also nicht nur im gesetzesfreien Raum objektives Recht erzeugen, sondern auch dort, wo bereits gesetzliche Normen bestanden, als derogatorisches Gewohnheitsrecht diese Normen außer Kraft setzen:

"Es vermag daher ein Gewohnheitsrecht ebenso wohl gegen gebietende und verbotende Gesetze ein neues Rechtsinstitut einzuführen, wie abändernd zu wirken."³⁰⁷

Das Reichsgericht stützte sich dabei ausdrücklich auf das römische und vor allem das kanonische Recht, wo diese Möglichkeit anerkannt war. Nach Ansicht des Gerichtshofs lag der eigentliche Geltungs- und Entstehungsgrund von Gewohnheitsrecht in der gemeinsamen Volksüberzeugung, ein bestimmtes Tun sei richtig und vom Recht geboten. Jenes Tun selbst bilde lediglich das äußere Erscheinungsbild einer solchen Rechtsüberzeugung, nicht aber den eigentlichen Geltungsgrund von Gewohnheitsrecht.³⁰⁸ Deutlich erklärte der IV. Senat:

"Wie das objektive geschriebene Recht auf den urkundlichen Willen des Gesetzgebers zurückgeführt wird, so ist der innere Grund für die Entstehung des Gewohnheitsrechtes die Überzeugung der Übenden, daß das, was sie üben und gleichmäßig befolgen, für das gegebene Verhältnis das, aus den

³⁰⁶ RGZ 5, 130, 134; ebenso RGZ 5, 171 ff.; RGZ 12, 226, 227.

³⁰⁷ RGZ 5, 130, 134.

³⁰⁸ PUCHTA, Gewohnheitsrecht 1. Teil (1828), S. 78 ff. ; MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 368.

zwingenden Umständen geschöpfte – notwendige – Recht ist. Die gleichmäßige Übung, *consuetudo*, *usus*, stellt sich daher nur als die Thätigkeit dar, durch welche jene innere Überzeugung in die äußere Erscheinung tritt, der Satz, als Rechtssatz, erkennbar gemacht und verkörpert wird."³⁰⁹

Mithin konnte eine gewohnheitsmäßige Übung immer nur ein Indiz für das Vorhandensein einer bestimmten Rechtsüberzeugung sein.³¹⁰

Eine Rechtsüberzeugung musste außerdem, um rechtserzeugend wirken zu können, frei von Irrtum sein. Das Reichsgericht erklärte unter Berufung auf *Savigny*, *Puchta* und *Windscheid*, die irrige Überzeugung stehe dem Fehlen der Überzeugung gleich. Hierzu führte der IV. Senat aus:

"Fehlt jene Überzeugung, so können die äußerlich vorgenommenen Handlungen für sich allein nicht zu einem Gewohnheitsrechte führen, und das muß auch der Fall sein, wenn die Übenden bei der Übung von einer unrichtigen, auf Irrtum beruhenden thatsächlichen Voraussetzung ausgegangen sind, die Meinung, daß das Geübte eine zwingende Folge gegebener Verhältnisse und daher Recht sei, auf einem faktischen Irrtume beruht, sodaß die Annahme berechtigt ist, daß wenn die Übenden ihren Irrtum erkannt, sie die Übung des vermeintlichen Rechtes nicht so – wie sie gethan – vorgenommen hätten."³¹¹

Auf diese Irrtumsfreiheit legte das Reichsgericht dann besonderen Wert, wenn sich bei der Anwendung bestimmter Normen durch die Gerichte eine Praxis herausgebildet hatte, die vom Reichsgericht als falsch und irrig angesehen wurde. Zwar schloss es keineswegs aus, dass auch eine irrige Gesetzesanwendung zu einer festen Volksüberzeugung führen konnte und deshalb als Grundlage für die Bildung von Gewohnheitsrecht ausreichte. Jedoch verlangte es besondere Indizien dafür, dass sich eine solche

³⁰⁹ RGZ 12, 292, 293; ähnlich RGZ 2. 182, 184; RGZ 7, 230, 235.

³¹⁰ A.A. BESELER, *Volkrecht* (1843), S. 77; nach ihm war die vom Volk geübte Gewohnheit Bestandteil und Voraussetzung des Gewohnheitsrechts.

³¹¹ RGZ 12, 292, 293; ähnlich RGZ 1, 313.

Überzeugung vom anzuwendenden Gesetz gelöst und als Gewohnheitsrecht verselbständigt hatte. Allerdings ließ das Reichsgericht offen, wie diese Indizien beschaffen sein mussten. Der I. Senat erklärte:

"Die beiderseitigen Handlungen oder Unterlassungen stellen sich daher lediglich als – wirkliche oder vermeintliche – Anwendung des Gesetzes, nicht als Übung des Gewohnheitsrechtes dar. (...) Wenn es auch denkbar ist, daß bezüglich der Anwendung eines Gesetzes ein Gewohnheitsrecht sich bildet, (...) so genügt doch zur Annahme einer solchen sogenannten Usualinterpretation (...) nicht die Thatsache allein, daß das Gesetz immer in diesem Sinne angewendet worden ist, sondern es müssen (...) Umstände hinzutreten, welche den Schluß auf ein von dem Gesetze unabhängiges Gewohnheitsrecht rechtfertigen."³¹²

Insgesamt hat das Reichsgericht die Lehren *Puchtas* als selbstverständlich übernommen und sich an keiner Stelle mit anderen Ansichten, wie etwa der von *Beseler*, auseinandergesetzt.³¹³ Man ging offensichtlich davon aus, die Ansichten der Historischen Schule zum Gewohnheitsrecht seien so sehr Gemeingut, dass ein Eingehen auf sonstige Meinungen – jedenfalls für die praktische Tätigkeit des Gerichts – überflüssig und deshalb entbehrlich sei.³¹⁴

Im konkreten Einzelfall hat das Reichsgericht gewohnheitsrechtliche Sätze nur höchst selten anerkannt. In den ersten 20 Bänden der *Amtlichen Sammlung* finden sich neben der Anerkennung von Schmerzensgeldansprüchen kraft gewohnheitsrechtlicher Übung in der vorliegend zu untersuchenden Sache *Steup gegen Kolb*³¹⁵ lediglich drei weitere Urteile, in denen eine auf Gewohnheitsrecht gestützte Klage Erfolg hatte. So bejahte das Gericht die gewohnheitsrechtlich bestehende Möglichkeit, bei

³¹² RGZ 2, 182, 185/186; ähnlich RGZ 7, 230, 235; RGZ 10, 132, 133.

³¹³ SCHEUERMANN, *Historische Rechtsschule* (1972), S. 85/86.

³¹⁴ MERTENS, *Zivilrechtliche Judikatur des RG*, in: AcP 174 (1974), S. 369.

³¹⁵ RGZ 8, 117.

Gutsübertragung die nicht beteiligten Kinder mittels eines Vertrages zugunsten Dritter zu bedenken.³¹⁶ Unehelichen Kindern, die durch eine nachfolgende Ehe legitimiert waren, wurde kraft Gewohnheitsrecht ein Lehensfolgerecht zugebilligt.³¹⁷ Und schließlich anerkannte das Gericht, dass der Altenteil eines Bauern nach deutschen Gewohnheitsrecht die Rechtsnatur einer Reallast habe.³¹⁸ In einem weiteren Fall hat das Reichsgericht zwar einer auf Gewohnheitsrecht gestützten Klage stattgegeben, das Urteil jedoch nicht mit einem gewohnheitsrechtlichen Rechtssatz begründet und die Frage, ob ein solcher bestehe, offen gelassen.³¹⁹

Untersucht man die ablehnenden Entscheide und die in ihnen aufgeführten Ablehnungsgründe im Einzelnen, so ergibt sich: In vielen Fällen wurde das Bestehen eines Gewohnheitsrechtssatzes deshalb verneint, weil die von den Beteiligten praktizierte Rechtsübung auf einer irrigen Gesetzesauslegung beruhe.³²⁰ Ebenso oft wurde das Bestehen von Gewohnheitsrecht verneint, weil es an einer unangefochtenen Rechtsüberzeugung fehle.³²¹ Das Vorherrschen dieser Ablehnungsgründe hat seine Ursache darin, dass das Reichsgericht zunächst prüfte, ob eine bestimmte Rechtsüberzeugung gegeben war. Wenn es eine solche verneinte, brauchte das Vorliegen einer gewohnheitsmäßigen Übung nicht näher untersucht zu werden. Insbesondere weigerte sich das Reichsgericht, die Gerichtspraxis eines bestimmten Bezirkes, die es für falsch hielt, dennoch als partikulares Gewohnheitsrecht zu bewerten. Grundsätzlich schloss es zwar nicht aus,

"daß sich der Richter zum Träger der Rechtsüberzeugung des Volkes gemacht habe, der Gerichtsgebrauch folglich nur die Form sei, in welcher ein wahres (lokales) Gewohnheitsrecht zum Ausdruck gelangte (...)." ³²²

³¹⁶ RGZ 2, 272, 277.

³¹⁷ RGZ 12, 239, 242.

³¹⁸ RGZ 13, 186, 188/189.

³¹⁹ RGZ 11, 212, 213/214.

³²⁰ Vgl. z.B. RGZ 1, 313.

³²¹ RGZ 8, 184, 187; RGZ 11, 206, 209; RGZ 12, 226, 228.

³²² RGZ 5, 130, 135.

Jedoch hat das Gericht in keinem Falle einer solchen Gerichtspraxis die Qualität eines Gewohnheitsrechts beigemessen. Dessen Ablehnung wurde damit begründet, dass die in dem betreffenden Gerichtsgebrauch zum Ausdruck kommende Rechtsauffassung auf einer falschen Gesetzesauslegung beruhe und deshalb ungeeignet sei, Gewohnheitsrecht zu erzeugen. Regelmäßig heißt es:

"Für die Annahme eines entsprechenden dortigen Gewohnheitsrechtes läßt sich weiter nichts anführen, als die Thatsache, daß in den holsteinischen Gerichten lange Zeit die Ansicht (...) für richtig gehalten und konstant befolgt worden ist; es kann aber in dieser bloßen Gerichtspraxis, die nur auf einer für unrichtig zu erachtenden Rechtsanschauung beruht hat, ein Gewohnheitsrecht nicht gefunden werden."³²³

Diese Einstellung des Reichsgerichts, die das Gewohnheitsrecht grundsätzlich zwar bejahte, es im konkreten Einzelfall hingegen regelmäßig abzulehnen pflegte, mag zunächst verwundern. Sie wird aber verständlich, wenn man den Ursachen nachgeht, die das Gericht zu ihr bewogen haben. Dazu äußerte sich der II. Hilfssenat wie folgt:

"In der That würde auch der Grundsatz, daß ein lange Zeit hindurch festgehaltener Gerichtsgebrauch ohne Rücksicht darauf, ob er ein Gewohnheitsrecht dokumentiere oder lediglich auf einem Mißverständnis der Gesetze beruhe, stets rechtsverbindlich werde, falls nicht die mißverstandenen Gesetze klar seien, jeden Einfluß des Fortschritts des Wissenschaft auf die Praxis ausschließen. (...) Damit wäre denn die Änderung einer auf Rechtsirrtum beruhenden langen und konstanten Praxis überhaupt ausgeschlossen (...)."³²⁴

Das Reichsgericht fürchtete sich also vor einer allzu starken Selbstbindung, die mit der Anerkennung gewohnheitsrechtlicher Sätze verbunden

³²³ RGZ 6, 223, 226; ebenso RGZ 5, 130, 134/135.

³²⁴ RGZ 3, 210, 212.

war. An derartige Sätze war das Gericht solange gebunden, bis der Gesetzgeber oder ein entgegen gesetztes Gewohnheitsrecht sie außer Kraft setzte. Lehnte das Reichsgericht es hingegen ab, einen dauernden Gebrauch als Gewohnheitsrecht anzuerkennen, so war es frei in seiner Entscheidung, dieser Praxis zu folgen oder nicht. Sogar wenn das Reichsgericht sie in einem Urteil anerkannte, konnte es seine Rechtsprechung doch jederzeit aufgrund besserer Einsicht wieder ändern, ohne dass es des kaum zu führenden Nachweises bedurfte, zwischenzeitlich habe sich ein entgegengesetztes Gewohnheitsrecht gebildet. Deshalb sind vom Reichsgericht grundsätzlich auch nur solche Sätze als Gewohnheitsrecht anerkannt worden, bei denen nicht zu erwarten war, dass ihre Änderung einmal wünschenswert werden könnte.³²⁵

Das Fehlen einer einheitlichen obersten Gerichtsstanz hatte vor allem in den Gebieten des gemeinen Rechts zu einer starken Rechtszersplitterung geführt. Wollte man hier zu einer einheitlichen Linie finden, so musste man äußerst vorsichtig sein mit der Anerkennung von – zumeist nur partikularem – Gewohnheitsrecht, das ja auch das Reichsgericht gebunden und an der Rechtsvereinheitlichung gehindert hätte. Demgegenüber bot die Ansicht, eine gewohnheitlich praktizierte Rechtsüberzeugung müsse frei von Irrtum sein³²⁶, einen guten Ansatzpunkt, um der Rechtszersplitterung zu begegnen.³²⁷

Nach dem Richterbild des Reichsgerichts sollte der Richter in erster Linie Vollzieher des Gesetzeswillens sein.³²⁸ Ein Richter jedoch, der zuerst berufen ist, die bestehenden Gesetze anzuwenden, kann nur in seltenen Ausnahmefällen befugt sein, durch die Bildung von Gewohnheitsrecht bestehende Gesetze außer Kraft zu setzen. Eine solche Berechtigung hätte

³²⁵ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 371.

³²⁶ Siehe S. 92/93.

³²⁷ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 371.

³²⁸ Siehe S. 47/48

ihn letztlich nicht unter, sondern zuweilen über das Gesetz gestellt. Eine solche Vorstellung aber lehnte auch gerade der III. Senat grundsätzlich ab:

"(...) denn der Richter hat nach den Gesetzen zu verfahren, darf aber ebensowenig willkürlich andere Formen, als die gesetzlichen (...) zur Anwendung bringen, als er nach anderen wie den bestehenden Rechtsnormen Recht sprechen darf."³²⁹

Das Urteil des III. Senats in der Sache *Steup* gegen *Kolb* stellt, wie oben dargelegt, eine von lediglich vier Entscheidungen des Reichsgerichts in den ersten 20 Bänden der *Amtlichen Sammlung* dar, mit der ein gewohnheitsrechtlicher Satz, nämlich vorliegend der, dass der durch ein Delikt an seinem Körper Verletzte Anspruch auf ein Schmerzensgeld habe, Anerkennung gefunden hat. Dies lässt aus oben angestellten Erwägungen darauf schließen, dass die Überzeugung des III. Senats von der Richtigkeit dieses Satzes groß gewesen sein muss.

c) **"Neueste Entwicklungen" in der Gesetzgebung als Beleg?**

Zur Untermauerung seiner Ansicht führt der III. Senat weiter aus, die Rechtsauffassung, die zur Bildung des erwähnten Gewohnheitsrechts geführt habe, habe

"auch in einer Reihe neuerer deutscher Gesetzgebungen Anerkennung gefunden, während der Umstand, daß andere deutsche Legislationen neuerdings sich veranlaßt gesehen haben, den Anspruch auf Schmerzensgeld ausdrücklich abzuschaffen, gerade zum Belege dafür dienen kann, daß man auch dort den Anspruch als bestehend angesehen hatte."³³⁰

In der Tat brachten die Gesetzbücher des 18. und 19. Jahrhunderts vielfach eine ausdrückliche Regelung des Schmerzensgeldes.

³²⁹ RGZ 5, 130, 135.

³³⁰ Originaltext, S. 3.

Noch keine ausdrückliche Bestimmung enthielt der Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis von 1756. Im 16. Kapitel, das "von den Verbrechen und der hieraus entstehenden Verbindlichkeit überhaupt" handelt, ist lediglich vom Ersatz des Vermögensschadens die Rede. Trotzdem wurde auch in Bayern ein reines Schmerzensgeld und eine Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung gewährt, was bei der beschränkten Geltungskraft des Codex, der die Partikularrechte bestehen ließ und auch die subsidiäre Fortgeltung des römischen Rechts nicht beseitigte, durchaus möglich war.³³¹

Eine ausdrückliche Bestimmung hingegen enthielt das Preußische ALR von 1794. Im 6. Titel des 1. Teils, der "von den Pflichten und Rechten, die aus unerlaubten Handlungen entstehen", handelt, heißt es:

§ 112

Wegen erlittener Schmerzen können Personen vom Bauern- oder gemeinen Bürgerstande, denen dergleichen Verletzung aus Vorsatz oder groben Versehen zugefügt worden, ein billiges Schmerzensgeld fordern.

§ 113

Der Betrag dieses Schmerzensgeldes ist nach dem Grade der ausgestandenen Schmerzen, jedoch nicht unter der Hälfte und nicht über den doppelten Betrag der erforderlichen Curkosten zu bestimmen.

§ 114

Bey Personen höhern Standes wird auf die dem Beleidigten durch die Mißhandlung verursachten Schmerzen nur bey Bestimmung der gesetzmäßigen Strafe Rücksicht genommen.

Das ALR verstand unter Schmerzensgeld also ebenfalls nur das reine Schmerzensgeld. Seiner Rechtsnatur nach war es ein Schadenersatzan-

³³¹ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 33/34.

spruch und keine Privatstrafe.³³² Da es für Personen höheren Standes als ehrenrührig galt, sich die erlittenen Schmerzen bezahlen zu lassen, war der Anspruch auf Personen niederen Standes beschränkt. Die vom ALR gewährte Entschädigung wegen erlittener Verunstaltung (1. Teil, 6. Titel, § 123 ff.) diente in erster Linie zum Ausgleich von Vermögensschäden. Eine unverheiratete Frau konnte ein Verunstaltungsgeld nur dann verlangen, wenn ihre Aussicht auf Verheiratung erschwert wurde. Bei anderen Personen war die Entschädigung davon abhängig, dass das Fortkommen beeinträchtigt wurde.³³³

In Kursachsen fand das Schmerzensgeld eine gesetzliche Regelung bereits im "Mandat wider die Selbstrache, Injurien und Duelle" vom 2. Juli 1712, das gewöhnlich als das *Geschärfte Duellmandat* bezeichnet wird. Außer den Strafbestimmungen, die den überwiegenden Teil des Mandats ausmachen, regelt dieses Gesetz auch die privatrechtlichen Folgen der Injurien. In diesem Zusammenhang ist von Schmerzensgeld die Rede. Es heißt dort in § 24:

"Überdies so ist ferner bei den Thätlichkeiten generaliter zu beobachten, daß, wenn etwa zugleich eine Verwund- und Verletzung am Leibe geschehen wäre, das Heilerlohn und Schmerzgeld, item, da der Beschädigte dadurch an seiner Gesundheit, Fortsetzung seines Berufs und Nahrung, auf künftig, Gebrauch, Nachteil und Abgang zu gewarten haben möchte, dieserwegen zulänglicher Ersatz, absonderlich noch von dem Beleidiger, oder dessen Erben, weil die Suchung dergleichen Satisfaction, als eine actio ad interesse, pro transitoria ad heredes billig achten, abgestattet und vergnügt werden soll."

³³² Diese Auffassung war auch die herrschende in der damaligen Literatur (vgl. FÖRSTER, Preuß. Privatrecht (1892), S. 489; KOCH, ALR (1853), S. 322, Anm. 61; DERNBURG, Obligationenrecht (1897), S. 909; STOBBE, Deutsches Privatrecht (1878), § 200, S. 386, Anm. 45).

³³³ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 74.

Das Geschärfte Duellmandat sah im Schmerzensgeld einen Schadenersatz (*actio ad interesse*).

Die Bestimmungen dieses Gesetzes wurden durch das Criminalgesetzbuch von 1838 ersetzt. Dort heißt es in

Art. 140

Die mit einer absichtlich oder aus Fahrlässigkeit zugefügten körperlichen Verletzung verbundenen Schmerzen sind dem Beschädigten auf dessen Verlangen von dem Verbrecher durch eine von dem Richter zu bestimmende Geldsumme zu vergüten, zu deren Entrichtung die dazu verurtheilten Mitschuldigen solidarisch verpflichtet sind.

und in

Art. 141

Bei der Festsetzung derselben hat der Richter die wahrscheinliche Größe der von dem Verletzten erduldeten Schmerzen, sowie, insofern Letzterer sich nicht deshalb die besondere Ausführung vorbehält, die Folgen der Mißhandlung auf die Integrität des Körpers desselben und dessen künftige Lebensverhältnisse zu berücksichtigen.

Dieses Gesetzbuch³³⁴ kannte, wie sich aus Art. 141 ergibt, neben dem reinen Schmerzensgeld also auch ein Schmerzensgeld im weiteren Sinne, bei dem auch die Folgen auf die Integrität des Körpers und auf die künftigen Lebensverhältnisse berücksichtigt wurden (so genanntes "Schädengeld"). Ein spezielles Verunstaltungsgeld war daher nicht erforderlich. Das reine Schmerzensgeld konnte nur im Criminalverfahren geltend gemacht werden, im Übrigen war ein Vorbehalt möglich. Obwohl der Ge-

³³⁴ Es wurde vom Großherzogtum Sachsen-Weimar-Eisenach, dem Herzogtum Sachsen-Altenburg, dem Herzogtum Sachsen-Meiningen sowie vom Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen ohne große Abänderungen übernommen (vgl. HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 49).

setzeswortlaut keine Veranlassung dazu gab, sah man im Schmerzensgeld ein annexum zur Kriminalstrafe.³³⁵ Die Betonung der pönalen Seite ging so weit, dass das Begnadigungsrecht auf das Schmerzensgeld ausgedehnt wurde.³³⁶

Bei Schaffung des neuen Strafgesetzbuchs von 1855 war zunächst vorgesehen gewesen, Bestimmungen über das Schmerzensgeld aufzunehmen (Art. 179 des Entwurfs). Da sich mittlerweile jedoch der Gedanke von der Ersatznatur durchgesetzt hatte, wurde von der Aufnahme in das Strafgesetzbuch abgesehen.³³⁷ Um eine Gesetzeslücke zu verhindern, die vielleicht zu dem Schluss verleitet hätte, in Sachsen könne ein Schmerzensgeld überhaupt nicht gefordert werden, wurde dieses in einer besonderen Verordnung, der "Verordnung, betreffend das Schmerzensgeld" vom 1. August 1856, die mit dem neuen Strafgesetzbuch in Kraft treten sollte, geregelt.³³⁸ Diese Verordnung betraf nur das reine Schmerzensgeld, denn nur bei ihm bestand aufgrund der Auslegung des Criminalgesetzbuchs von 1838 die Gefahr, dass es als Teil der Strafe angesehen wurde. Auch in ihm erblickte man jetzt einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch. Der veränderten Rechtsnatur entsprechend konnte das Schmerzensgeld nunmehr auch im Zivilprozess geltend gemacht werden. Die Verordnung weist aber auf die Möglichkeit hin, die Entschädigung adhäsionsweise im Strafprozess einzuklagen.

An die Stelle der "Verordnung, betreffend das Schmerzensgeld" von 1856 trat das Sächsische BGB von 1863. In § 1489 dieser Kodifikation heißt es:

³³⁵ WEIß, Criminalgesetzbuch (1848), S. 436 (der sich zur Begründung dieser Ansicht auf die Motive zum Criminalgesetzbuch beruft); GÜNTHER, Criminalgesetze (1838), S. 86; GROSS, Criminalgesetzbuch (1838), S. 140, Anm. zu Art. 140; GAUDLITZ, Schmerzensgeld, in: Zeitschrift für Rechtspflege, 4. Bd. (1845), S. 357; ELTERLEIN, Schmerzensgeld (1844), S. 117.

³³⁶ WÄCHTER, Die Busse (1874), § 24, S. 85, FN 67.

³³⁷ KRUG, Commentar zum StGB (1855), 2. Abt., S. 74.

³³⁸ Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen (1856), S. 183, Nr. 45.

"Wer durch seine Verschuldung Jemanden an dessen Körper verletzt, ist verpflichtet, dem Beschädigten die Heilungskosten zu vergüten, ein angemessenes Schmerzensgeld zu bezahlen, und wegen des entgangenen, auch, soweit Erwerbsunfähigkeit eintritt, wegen des künftig entgehenden Verdienstes, Schadensersatz nach richterlichem Ermessen zu leisten."

Im Gegensatz zum Criminalgesetzbuch von 1838 und in Übereinstimmung mit der Verordnung von 1856 verstand das Sächsische BGB unter Schmerzensgeld nur das reine Schmerzensgeld. Einen umfassenden Begriff des Schmerzensgeldes kannte es nicht. Wie sich aus der Einreihung dieses Anspruches in die Kette der anderen aus einer Körperverletzung entspringenden Schadensersatzansprüche ergibt, sollte nach dem Willen des Gesetzgebers dem Schmerzensgeld Ersatzcharakter zukommen. Dies war auch einhellige Ansicht in der Literatur.³³⁹ Auch wurde wieder zwischen reinem Schmerzensgeld und Verunstaltungsgeld unterschieden. Für das Verunstaltungsgeld genügte der durch die Entstellung entstandene immaterielle Schaden. Eine Auswirkung auf das Vermögen war nicht erforderlich.³⁴⁰

Die bisher gewohnheitsrechtlich gewährte so genannte *Sachsenbuße* fand in § 1497 des Sächsischen BGB eine ausdrückliche Regelung. Es heißt dort:

"Hat Jemand einem Anderen die Freiheit widerrechtlich entzogen, oder durch falsche Angaben deren Entziehung veranlaßt, so ist er verpflichtet, dem Beschädigten die Freiheit wieder zu verschaffen, den entgangenen Verdienst und allen sonst verursachten Schaden nach richterlichem Ermessen zu ersetzen, auch überdies für jeden Tag der Gefangenhaltung den Betrag von einem Thaler zehn Neugroschen zu bezahlen."

³³⁹ SCHMIDT, Sächsisches Privatrecht (1869), S. 480/481; GRÜTZMANN, Sächsisches Privatrecht, 1. Bd. (1887), S. 113/114; WÄCHTER, Die Busse (1874), § 24, S. 85/86, FN 67.

³⁴⁰ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 74.

Zweifelhaft war es, welche Rechtsnatur diesem Anspruch zukam.³⁴¹ Die wohl überwiegende Meinung sah in ihm, genauso wie im Schmerzensgeld, einen Anspruch auf Ersatz immaterieller Schäden: Es sollte durch die *Sachsenbuße* ein Ausgleich für das Unbehagen der Freiheitsentziehung gewährt werden.³⁴² Eine große praktische Bedeutung kam dieser Frage indessen bestimmt nicht zu: Auch nach Sächsischem BGB war die Höhe der *Sachsenbuße* gesetzlich. Eine unterschiedliche Auffassung von der Rechtsnatur des Anspruchs konnte sich daher bei der Bemessung nicht auswirken.

Das *Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch für die gesamten Deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie* (ABGB) von 1811 sah ebenfalls Schmerzensgeldansprüche vor. § 1325 bestimmt:

"Wer jemanden an seinem Körper verletzt, bestreitet die Heilungskosten des Verletzten; ersetzt ihm den entgangenen, oder wenn der Beschädigte zum Erwerbe unfähig wird, auch den künftig entgehenden Verdienst, und bezahlt ihm auf Verlangen überdieß ein den erhobenen Umständen angemessenes Schmerzensgeld."

Auch das Thüringische StGB von 1850 enthielt in Art. 137 eine Schmerzensgeldregelung. Dort heißt es:

"Bei vorsätzlichen und durch Fahrlässigkeit zugefügten Körperverletzungen ist dem Beschädigten, wenn er nicht selbst durch Thätlichkeiten gegen den Anderen Veranlassung zu der Verletzung gegeben hat, von dem Richter ein Schmerzensgeld zuzuerkennen, vorausgesetzt, daß er dieses besonders beantragt."

Das Schmerzensgeld haben die Thäter und mehrere gleiche Theilnehmer, unter Verpflichtung jedes Einzelnen für das Ganze, zu entrichten.

³⁴¹ GRÜTZMANN, Sächsisches Privatrecht, 2. Bd. (1889), S. 183 Anm. 1.

³⁴² STOBBE, Deutsches Privatrecht (1878), S. 529; GRÜTZMANN, Sächsisches Privatrecht, 2. Bd. (1889), S. 183.

Der Richter bestimmt die Größe desselben nach seinem Ermessen, in Berücksichtigung der Größe des der Person zugefügten Übels.

Durch die Zuerkennung des Schmerzensgeldes werden Entschädigungsansprüche des Beschädigten wegen eingetretener Vermögensnachteile, mit Einschluß der Ansprüche wegen verminderter oder entzogener Arbeitsfähigkeit oder Erwerbsfähigkeit nicht ausgeschlossen."

Bemerkenswert ist, dass das Thüringische Strafgesetzbuch von einem umfassenden Begriff des Schmerzensgeldes ausging; es spricht ganz allgemein von dem durch die Verletzung erlittenen Übel, worunter nicht nur die Schmerzen zu verstehen waren. Nach seinem Wortlaut war der Schmerzensgeldanspruch als Schadensersatzanspruch ausgestaltet.³⁴³

Auch das Criminalgesetzbuch des Herzogtums Braunschweig vom 10. Juli 1840 enthält in § 165 folgende Bestimmung:

"Dem Beschädigten, welcher nicht zuerst Thätlichkeiten verübt hat, soll auf seinen Antrag nach Maßgabe der gehaltenen Leiden ein Schmerzensgeld von einem Thaler bis von dreihundert Thalern in dem Straferkenntnisse zuerkannt werden, vorbehaltlich seiner Entschädigungsansprüche."

Auch hier war das Schmerzensgeld als Entschädigungsanspruch ausgestaltet.³⁴⁴

Im Gegensatz zu den bisher erörterten Bestimmungen, die ein Schmerzensgeld nicht ausschlossen bzw. ausdrücklich vorsahen, existierten in der Gesetzgebung des 19. Jahrhunderts aber auch Gesetze, die einen solchen Anspruch ablehnten.

³⁴³ WÄCHTER, Die Busse (1874), § 24, S. 85/86, FN 67.

³⁴⁴ WÄCHTER, Die Busse (1874), § 24, S. 85/86, FN 67.

In Baden findet sich die erste amtliche Stellungnahme zwar in keinem formellen Gesetz, aber in einer Rechtsbelehrung des Kurfürstlichen Geheimen Rats vom 24. April 1806, die "zur Erläuterung und Nachachtung zur allgemeinen Kenntniss gebracht wurde"³⁴⁵, und an die sich die Gerichte hielten. Einige Gerichte hatten sich zuvor mit der Frage an die Regierung gewandt, ob in Baden das Schmerzensgeld bereits eine gesetzliche Grundlage habe und wenn dies nicht der Fall sei, ob nicht eine solche geschaffen werde. Hierauf antwortete die Regierung, dass bislang eine gesetzliche Regelung fehle. Von einer Normierung habe man bewusst Abstand genommen, weil man es für eines freien Menschen unwürdig erachte, seine Empfindungen taxieren und damit als Ware behandeln zu lassen. Eine solche Selbstgeringschätzung könne die Gesetzgebung nicht begünstigen. In Baden sei daher die Zuerkennung eines Schmerzensgeldes nicht möglich.³⁴⁶ Diese ablehnende Haltung fand im Badischen Landrecht ihren Niederschlag. Während der Code Civil in Art. 1382 schlechthin von *dommage* sprach und in der französischen Rechtsprechung darunter auch der so genannte *dommage moral* verstanden wurde, lehnte das Badische Landrecht in Art. 1382 f ein Schmerzensgeld ausdrücklich ab:

"Bei persönlichen Beschädigungen besteht die Entschädigung in den Herstellungskosten und in dem entbehrten Verdienst des Beschädigten. Schmerzensgeld kann nicht gefordert werden."

Diese Vorschrift wurde durch § 10 des *Gesetzes, betreffend die privatrechtlichen Folgen von Verbrechen* vom 6. März 1845³⁴⁷ aufgehoben. Eine Entschädigung für die erlittenen Schmerzen wurde jedoch durch dieses Gesetz nicht eingeführt. Dagegen bestimmte § 14:

"Wenn ein Verbrechen, es mag Arbeits- oder Erwerbsunfähigkeit zur Folge haben oder nicht, das künftige Fortkommen der davon getroffenen Person

³⁴⁵ Kur-Badisches Regierungs-Blatt, 4. Jahrgang (1806), S. 28/29.

³⁴⁶ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 50/51.

³⁴⁷ Großherzoglich Badisches Regierungsblatt, Beilage zum 43. Jahrgang 1845 Nr. XV, S. 2.

erschwert, so ist ihr auch hierfür Entschädigung zu leisten.

Dies findet namentlich Anwendung in Fällen der Nothzucht, der Entführung, der mehrfachen Ehe (§ 354 des Strafgesetzbuches), der Verführung (§§ 360-362) und der betrüghchen Verleitung zur Ehe (§ 474), sowie in den Fällen einer falschen Beschuldigung, Verläumdung oder Ehrenkränkung, und in den Fällen einer Körperverletzung, aus welcher eine Verunstaltung des Verletzten entstanden ist."

Ihrem Wesen nach enthielt diese Bestimmung keine Entschädigung für immaterielle Schäden; dadurch, dass das Gesetz auf das Fortkommen abstellte, machte es die Entschädigung von einem, wenn auch unbestimmten, Vermögensschaden abhängig.³⁴⁸

Art. 7 des Württembergischen Strafgesetzbuches vom 15. Mai 1839 bestimmte, dass durch die Bestrafung des Schuldigen das Recht des Verletzten auf Schadensersatz nicht ausgeschlossen werde, enthielt aber selbst keine Vorschriften über den Schadensersatz oder das Schmerzensgeld. "Um die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen mit den Grundsätzen des StGB in Übereinstimmung zu bringen", wurde am 5. September 1839 ein Gesetz³⁴⁹ erlassen, in dem es in Art. 14 heißt:

"Wegen Körperverletzung ist die Forderung eines Schmerzensgeldes unstatthaft.

Ist die verletzte Person durch die Mißhandlung verunstaltet worden, so muß bei Zuerkennung des Schadensersatzes in so weit auf diesen Umstand besondere Rücksicht genommen werden, als das bessere Fortkommen dieser Person dadurch verhindert werden kann."

³⁴⁸ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 51.

³⁴⁹ Regierungsblatt für das Königreich Württemberg (1839), S. 553-566.

Ein reines Schmerzensgeld gab es also in Württemberg nicht. Auch bei Verunstaltungen gewährte das Gesetz keinen besonderen Schadensersatzanspruch, sondern berücksichtigte diese, sofern das Fortkommen beeinträchtigt wurde, bei Bemessung des Vermögensschadens mit.

Auch der Entwurf eines BGB für das Großherzogtum Hessen von 1853 sah eine Beseitigung des reinen Schmerzensgeldanspruches vor. In Art. 663 des 2. Buches heißt es:

"Hat Jemand eine Körperverletzung verübt, so ist er dem Verletzten zum Ersatze der Heilungskosten und des Schadens verpflichtet, welcher demselben durch Entgang des Verdienstes während der Heilungszeit entstanden ist. Dagegen hat der Verletzte auf s.g. Schmerzensgelder keinen Anspruch."

Eine Entschädigung wegen körperlicher Verunstaltung sah Art. 664 Abs. 2 nur für den Fall vor, dass das bessere Fortkommen verhindert wurde. Bei Gefangenhaltung (Art. 666) und Entführung (Art. 667) sollte ebenfalls nur eine Entschädigung für die Beeinträchtigung des Fortkommens im Gewerbe- oder Geschäftsbetrieb verlangt werden können.

Der Entwurf eines BGB für das Königreich Bayern von 1860 sah ein reines Schmerzensgeld ebenfalls nicht vor. Eine Entschädigung wegen erlittener Schmerzen wurde als etwas Unwürdiges angesehen. Die Motive zu Art. 946 und 947 geben an, dass "sich die Schmerzen überhaupt nicht messen und noch weniger in Geld anschlagen lassen". Es heißt dann allerdings – inkonsequenter Weise – weiter, dass "dem richterlichen Ermessen bei Feststellung der Entschädigungsgröße die Berücksichtigung der erduldeten Schmerzen unbenommen bleibt".³⁵⁰

Dem III. Senat ist nach alledem zunächst zuzugeben, dass ein Schmerzensgeldanspruch in einigen deutschen Gesetzen des 18. aber vor allem des 19.

³⁵⁰ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 53.

Jahrhunderts vorgesehen war, so im *Preußischen ALR* (1794), in Sachsen bereits seit dem *Geschärften Duellmandat* (1712) bis ins *Sächsische BGB* von 1863, im *Österreichischen ABGB* von 1811, im *Thüringischen StGB* von 1850 und im *Criminalgesetzbuch des Herzogtums Braunschweig* (1840). Bereits an dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass diese Gesetzbücher sämtlich von der Ersatznatur eines solchen Anspruches ausgingen.

Zunächst erscheint auch die vom III. Senat weiter angestellte Überlegung plausibel, die ausdrückliche Abschaffung eines Anspruches auf Schmerzensgeld lasse gerade darauf schließen, dass man ihn zuvor als bestehend angesehen hatte.

Bei genauerer Betrachtung hingegen stellen sich die jeweiligen Entscheidungen der Verfasser der badischen, württembergischen, hessischen und bayerischen Gesetze bzw. Gesetzesentwürfe als bewusste Absage an Schmerzensgeldansprüche dar und nicht als Abschaffung derselben. So erachtete man in Baden und Württemberg einen Anspruch auf Schmerzensgeld für einen freien Menschen unwürdig und damit unstatthaft. Freilich verleugnete man nicht die Möglichkeit, Schmerzensgeldansprüche in Gesetzen vorzusehen; es kann aber nicht davon die Rede sein, man habe solche Ansprüche zunächst – etwa in früheren Fassungen derselben oder älterer Landesgesetze – als selbstverständlich und damit bestehend angesehen. Vielmehr wurde durch die expliziten gesetzlichen Regelungen einer rechtspolitischen Grundhaltung Ausdruck verliehen, die der des III. Senats gerade entgegen stand. Gleiches gilt für die hessischen und bayerischen Entwürfe.

Wenn der III. Senat neuere deutsche Legislationen zur Begründung seiner Auffassung heranzieht, so ist ihm hierin somit nur insoweit zuzustimmen als neue Regelungen geschaffen wurden, die Schmerzensgeld ausdrücklich vorsahen; im übrigen kann ihm nicht gefolgt werden. Demnach ist nicht davon auszugehen, dass sich der III. Senat lediglich dem Druck

aktueller Gesetzgebungsentwicklungen beugte, sondern dass er eine eigenständige Entscheidung traf.

5. **Zur Rechtsnatur: Keine Privatstrafe, sondern zivilrechtlicher Ersatzanspruch?**

Zur Rechtsnatur führt der III. Senat aus:

"Als Geldäquivalent für die durch eine Verletzung erlittenen Schmerzens, in welcher Eigenschaft das sogenannte Schmerzensgeld gewohnheitsrechtlich sanktioniert worden ist, kann dasselbe nicht für eine Privatstrafe im technischen Sinne erklärt, sondern es muß, wie Wächter (...) gegenüber von Windscheid (...) überzeugend darlegt, als ein civilrechtlicher Ersatzanspruch wegen widerrechtlich erlittener Schmerzen aufgefaßt werden."³⁵¹

Nur am Rande sei bemerkt, dass gerade in diesem Zusammenhang die Wortwahl des Senats den Leser stutzen lässt, wenn dieser sich eindeutig gegen die Einordnung als Privatstrafe ausspricht, im vorangegangenen Halbsatz jedoch formuliert, das Schmerzensgeld sei gewohnheitsrechtlich "sanktioniert". Denn "sanktionieren" ist abgeleitet von dem lateinischen Begriff *sanctio* (-onis, f.), was "Strafbestimmung" bedeutet³⁵². In dieser Formulierung liegt somit eine gewisse Inkonsequenz.

Wie die Untersuchung der Gesetzbücher des 18. und 19. Jahrhunderts gezeigt hat, wurde der Schmerzensgeldanspruch, soweit er von diesen als bestehend anerkannt wurde, von den Gesetzgebern als Schadensersatzanspruch und nicht als Privatstrafe erachtet; lediglich das Sächsische Criminalgesetzbuch von 1838 sah im Schmerzensgeld ein "annexum zur Criminalstrafe".^{353 354}

³⁵¹ Originaltext, S. 3.

³⁵² STOWASSER, Lateinisch-Deutsch (1994), S. 453.

³⁵³ Siehe S. 98 ff.

In der Spruchpraxis des 19. Jahrhunderts herrschte keine Einheitlichkeit in der Frage der Rechtsnatur des Anspruchs. Insgesamt betrachtet waren es jedoch nur wenige Gerichte, die für die pönale Natur des Schmerzensgeldes eintraten.³⁵⁵ Zu ihnen gehörte das OAG Kassel. In seiner Entscheidung vom 13. März 1847³⁵⁶ führte es aus, das Schmerzensgeld sei nach Analogie der ästimatorischen Injurienklage zu beurteilen, da es sich bei diesem Anspruch nicht um die Vergütung eines Vermögensschadens handele. Das Gericht ging also davon aus, dass nur materieller Schaden eines Ersatzes fähig sei.

Ohne nähere Begründung sprach das OAG Lübeck³⁵⁷, in der bereits oben erwähnten Entscheidung, in der es das Schmerzensgeld ganz ablehnte, davon, dieses könne, wenn es überhaupt begründet sei, nur als Privatpönalklage verstanden werden. Das OAG Celle³⁵⁸ und das AppG Celle³⁵⁹ bezeichneten das Schmerzensgeld als Buße, womit sie die Strafnatur des Anspruchs zum Ausdruck bringen wollten. Das ergibt sich aus den Ausführungen des AppG Celle, in denen es heißt, es handele sich um eine Privatbuße, die durch die öffentliche Strafe nicht ausgeschlossen werde.

³⁵⁴ Die Gesetzgebung des damaligen Deutschen Reiches machte nach herrschender Meinung nicht nur bezogen auf das Schmerzensgeld "einen gewaltigen Schritt in dem privatrechtlichen Schutz anderer als wirtschaftlicher Güter": Die "Buße" wurde eingeführt in § 18 des Gesetzes vom 11. Juni 1870, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken, in § 15 des Markenschutzgesetzes vom 30. November 1874, in § 16 des Gesetzes vom 9. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste, in § 9 des Gesetzes vom 10. Januar 1876, betreffend den Schutz der Photographien, in § 14 des Gesetzes vom 11. Januar 1876, betreffend das Urheberrecht an Mustern und Modellen, und in § 36 des Patentgesetzes vom 25. Mai 1877. Auch diese Buße wurde überwiegend nicht als Strafe, sondern als Entschädigung, und zwar nicht nur für Vermögensschäden, aufgefasst. (SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 338/339).

³⁵⁵ Vgl. hierzu auch GÖTHEL, Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jh., in: AcP 205 (2005), S. 36, 38 ff.

³⁵⁶ SA, Bd. 8 (1855), Nr. 138, S. 198.

³⁵⁷ Erk. v. 20.2.1873, SA, Bd. 32 (1877), Nr. 239, S. 308.

³⁵⁸ Erk. v. J. 1856, SA, Bd. 13 (1860), Nr. 31, S. 45.

³⁵⁹ Erk. v. 4.1.1872, SA, Bd. 27 (1873), Nr. 30, S. 44.

Die übrigen Entscheidungen der obersten Gerichte gehen vom Entschädigungscharakter des Schmerzensgeldes aus.³⁶⁰ Eingehend beschäftigt sich das OAG Rostock mit dieser Frage in einem Erkenntnis vom 30. Oktober 1871³⁶¹. Nach seiner Auffassung ist die Schmerzensgeldklage als *actio legis Aquiliae* aufzufassen. Dem stehe nicht entgegen, dass die Römer im Schmerzensgeld – wenn es ihnen bekannt gewesen wäre – eine Privatstrafe gesehen hätten. Die Schmerzensgeldklage sei deutschen Ursprungs und das deutsche Recht habe diese Klage als Ersatzklage aufgefasst. Ein solcher Ersatz eines immateriellen Schadens sei möglich, wenn es sich auch um einen notwendigerweise ungleichen und unzureichenden Ersatz handele.

Auch in der gemeinrechtlichen Literatur des 19. Jahrhunderts war die Ansicht von der Ersatznatur des Schmerzensgeldes durchaus die herrschende.³⁶² Wie schon in der vorangegangenen Zeit wurde die Schmerzensgeldklage der *actio legis Aquiliae* untergeordnet, die man auf diese Weise über ihren ursprünglichen Bereich hinaus erweiterte.³⁶³

Dennoch gab es etliche Stimmen, die im Schmerzensgeld eine Privatstrafe sahen³⁶⁴ und eine besondere Schmerzensgeldklage kannten, die aber nach Analogie der Injurienklage zu behandeln sei.³⁶⁵

Die meisten Vertreter dieser Meinung verzichteten auf eine Begründung ihrer Ansicht.³⁶⁶ *Gensler*³⁶⁷ begründet seine Auffassung damit, dass er die

³⁶⁰ So z.B. OAG Oldenburg, Erk. v. 1845, SA, Bd. 1 (1847), Nr. 220, S. 228; Vgl. hierzu auch GÖTHEL, Funktionen des Schmerzensgeldes, in: AcP 205 (2005), S. 36, 42 ff.

³⁶¹ SA, Bd. 31 (1871), Nr. 232, S. 295.

³⁶² STOBBE, Deutsches Privatrecht (1878), § 200, S. 386 mit Anm. 45; WÄCHTER, Die Busse (1874), § 24, S. 85; BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 27; BRINZ, Pandekten (1882), § 340, S. 811; WINDSCHEID, Pandekten, 4. Aufl. 1875, 2. Bd., S. 707.

³⁶³ WINDSCHEID, Pandekten, 4. Aufl. 1875, 2. Bd., S. 707, Anm. 31; BOCKSCH, Schmerzensgeldklage (1898), S. 27.

³⁶⁴ GENSLER, Bemerkungen (1818), S. 147; HOLZSCHUHER, Gemeines Civilrecht (1881), § 219, S. 109 a.E.; PUCHTA, Pandekten (1872), S. 570; BARON, Pandekten (1896), S. 164 unten; WINDSCHEID, Pandekten, 3. Aufl. 1870, 2. Bd., S. 659, spätere Auflagen dagegen anders.

³⁶⁵ GENSLER, Bemerkungen (1818), S. 147 ff.; HOLZSCHUHER, Gemeines Civilrecht (1881), § 326, S. 1120; WINDSCHEID, Pandekten, 3. Aufl. 1870, 2. Bd., S. 659.

actio iniuriarum aestimatoria und die Schmerzensgeldklage einander gegenüberstellt: Die Injurienklage berücksichtige den durch die *Injurie* erlittenen "Seelenschmerz", die Schmerzensgeldklage aber den erlittenen "tierischen Schmerz". Nach *Gensler* entspricht dieser Parallelität die Gleichheit der pönalen Rechtsnatur.³⁶⁸

Aus anderen Gründen lehnt *Windscheid*³⁶⁹ in den ersten drei Auflagen seiner *Pandekten* die Ersatznatur ab: Aus der Tatsache, dass Schmerzen und Geld unvergleichbare Größen seien, leitet er ab, ein Ersatz komme nicht in Frage, und das Schmerzensgeld müsse demzufolge eine Strafe sein.

Während im 18. Jahrhundert das Schmerzensgeld ohne grundsätzliche Bedenken den anderen aus einer Körperverletzung entsprungenen Schadensersatzansprüchen gleichgestellt wurde, stellte man sich jetzt die Frage, ob dies überhaupt statthaft sei, da es sich doch hier um einen Schaden handelt, der nicht das Vermögen betrifft; das Problem des Ersatzes von Nichtvermögensschäden wurde erkannt.

Windscheid in den ersten drei Auflagen seiner *Pandekten*³⁷⁰ und *Gaudlitz*³⁷¹ ziehen aus der Verschiedenheit von Schmerzen und Geld den Schluss, beides seien unvergleichbare Größen und daher sei ein Ersatz von Schmerzen in Geld nicht möglich. *Seitz* fasst diesen Gedanken ganz allgemein in dem Satz zusammen

"(...) so ergibt die Natur der Sache, daß ein Ersatz seinem Wesen nach nur denkbar ist bei Verletzung des Vermögensrechts".³⁷²

³⁶⁶ PUCHTA, *Pandekten* (1872), S. 570; HOLZSCHUHER, *Gemeines Civilrecht*, (1881), § 326, S. 1120.

³⁶⁷ *Bemerkungen* (1818), S. 144 ff.

³⁶⁸ *Bemerkungen* (1818), S. 147 ff.

³⁶⁹ *Pandekten*, 3. Aufl. 1870, 2. Bd., S. 660, Anm. 31.

³⁷⁰ 3. Aufl., 1870, Bd. 2, S. 660, Anm. 31.

³⁷¹ Schmerzensgeld, in: *Zeitschrift für Rechtspflege*, 4. Bd. (1845), S. 354.

³⁷² Schmerzensgeldklage (1860), S. 166.

Diese Anschauung steht ganz auf dem Boden des römischen Rechts, das unter *damnum* nur den Vermögensschaden verstand, zum Ausgleich aber bei Beeinträchtigung immaterieller Rechtsgüter dem Verletzten zum Beispiel mit Hilfe der *actio iniuriarum* oder anderen Pönalklagen das Recht auf eine Privatstrafe zubilligte.³⁷³

Gegen die in den ersten drei Auflagen seiner *Pandekten* vertretenen Auffassung *Windscheids* wandte sich vor allem *Wächter*³⁷⁴. Nach ihm hindert die Verschiedenheit von Schmerzen und Geld die Möglichkeit eines Ersatzes nicht. Im Rechtsbereich müsse vielfach zwischen verschiedenartigen Größen ein Gleichungspunkt gefunden werden. Als Beispiel dafür wird das Verhältnis von Verbrechen und Strafe angeführt. Auch komme es im Leben häufig vor, dass unschätzbare Dienste mit Geld belohnt würden oder dass man versuche, durch Geschenke die einem anderen zugefügte Beleidigung wieder gut zu machen. Ebenso könne aber ein Gesetz bestimmen, dass zum Ersatz von Schmerzen ein Geldbetrag erstattet werde, ohne dass dieser als Strafe zu betrachten und nach den Grundsätzen der Strafe auszumessen sei.

Wenn der III. Senat ausdrücklich *Wächter* als Gegenpol zu *Windscheid* zitiert, so ist dies allerdings seit der 1875, also etliche Jahre vor der Entscheidung in der Sache *Steup* gegen *Kolb* erschienenen vierten Auflage seines Pandektenlehrbuchs nicht mehr richtig, denn in dieser änderte *Windscheid* seine ablehnende Haltung und erklärte in dem vom III. Senat angeführten § 455 ausdrücklich:³⁷⁵

"Das Schmerzensgeld ist nicht Strafe, sondern Entschädigung."

und fügt in Anmerkung 31³⁷⁶ hinzu:

³⁷³ Zum Schmerzensgeld im römischen Recht vgl. S. 73 ff..

³⁷⁴ Die Busse (1874), S. 74 f.

³⁷⁵ WINDSCHEID, Pandekten, 4. Aufl. 1875, 2. Bd., S. 706 f.

³⁷⁶ WINDSCHEID, Pandekten, 4. Aufl. 1875, 2. Bd., S. 707, Anm. 31.

"Auch ich habe in den bisherigen Auflagen diese Lehrbuchs die entgegengesetzte Ansicht vertreten, bestimmt durch das Argument, daß Schmerzen und Geldleistung absolut unvergleichbare Größen seien, und daher das Schmerzensgeld Entschädigung nicht sein könne. Aber ich erkenne gegenwärtig die Richtigkeit der von Wächter in der Schrift über die Buße S. 79 flg. gemachten Entgegnungen an: auch das ist Entschädigung, wenn die dem Verletzten verursachte schmerzliche Empfindung durch Verursachung einer angenehmen Empfindung wieder aufgewogen wird. In diesem Sinne kann das Schmerzensgeld als Entschädigung allerdings aufgefaßt werden, und daß die Gewohnheit, durch welche es eingeführt worden ist, es in der That als Entschädigung aufgefaßt hat, darüber s. die Nachweisungen bei Wächter a. a. O. S. 73 flg. Die Schmerzensgeldklage ist daher eine utilis actio legis Aquiliae, keine utilis actio injuriarum."

Jedenfalls mit seinem Verweis auf *Wächter* – wenn auch die Gegenüberstellung mit *Windscheid* nicht mehr zutraf – fügte sich der III. Senat in die Rechtsprechungslinie anderer Obergerichte ein und folgte gleichzeitig dem Trend in der gemeinrechtlichen Literatur.

6. Ergebnis

Zu der rechtlichen Begründung, die der III. Senat für die Bejahung eines Schmerzensgeldanspruches im Fall *Steup* gegen *Kolb* heranzieht, ist zusammenfassend zu sagen, dass sie zwar aus heutiger Sicht nicht vollkommen kritiklos hingenommen werden kann, aus Sicht eines Juristen der damaligen Zeit jedoch nicht überrascht. Es hätte den Richtern allerdings zum Zeitpunkt der Entscheidung genauso offen gestanden, sich – wenn auch mit der Mindermeinung in Literatur und Rechtsprechung – gegen das Schmerzensgeld zu entscheiden; das gemeine Recht als vom III. Senat anzuwendende Rechtsgrundlage gab also ebenso wenig wie der

Sachverhalt das Ergebnis zwingend vor, sondern eröffnete die Möglichkeit der Bejahung und der Verneinung des Anspruches.

IV. Zusammenfassende Ausführungen zu den Rechtsgrundlagen der Entscheidungen

Zurück zum Ausgangspunkt: Wieso konnten oder mussten zwei Senate des Reichsgerichts innerhalb nur eines halben Jahres die Frage danach, ob den jeweiligen Geschädigten auch Schmerzensgeld zustehen soll oder nicht, genau entgegen gesetzt beantworten?

Wie schon die genauere Betrachtung der Sachverhalte und des Umgangs der Senate mit ihnen, so zeigt auch der Blick auf die Rechtsgrundlagen, dass die Richter jeweils nicht lediglich den ihnen zur Entscheidung vorliegenden Fall vor Augen hatten, sondern sich zu grundsätzlichen Ausführungen zum Thema *Schmerzensgeld* veranlasst sahen. Genauso wenig wie die Richter ihre Ergebnisse allein aufgrund der den Fällen zugrunde liegenden Lebenssachverhalte fanden, wendeten sie mechanisch die jeweils einschlägigen Normen an. Vielmehr wies der Code Civil dem II. Senat nach der herrschenden Auffassung (vor allem im Mutterland des Gesetzes) sogar den genau entgegen gesetzten Weg und eröffnete das gemeine Recht dem III. Senat jedenfalls die Möglichkeit, sich auch gegen das Schmerzensgeld zu entscheiden. Dieser Umgang mit Gesetz, Lehre und Praxis fügt sich harmonisch in das Bild des Reichsgerichts, denn insgesamt zeigt die Art, wie dieses sich gegenüber der Judikatur anderer Gerichte und gegenüber dem Schrifttum verhielt, dass man zwar alles prüfte, aber bemüht war, stets kritisch zu bleiben und keine Ansicht nur deshalb zu übernehmen, weil sie die herrschende war oder von maßgeblichen Autoritäten vertreten wurde.³⁷⁷

Auch die Rechtsgrundlagen liefern demnach keine eindeutige Erklärung für den Gegensatz der Entscheidungen; vielmehr scheinen sie nur für den III. Senat im Fall *Steup* gegen *Kolb* mehr bzw. für den II. Senat im Fall *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* weniger gut

³⁷⁷ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 339.

funktionierendes Werkzeug gewesen zu sein, die grundsätzliche Haltung der jeweiligen Richter zum Schmerzensgeld zu untermauern.

C. Die Rechtspolitik

Jede Rechtsprechung beruht letztlich auf bestimmten Idealvorstellungen ihrer Richter vom Menschen und der Gesellschaft. Diese Vorstellungen fließen – oft unbewusst in die Urteile ein.³⁷⁸ Je enger sich eine Judikatur an das positive Recht bindet und allein dessen Willen zu vollziehen sucht, um so eher ist sie geneigt, diese Tatsache außer Acht zu lassen und zu glauben, sie vollziehe lediglich die Wertentscheidungen des Gesetzgebers.³⁷⁹ Diesen Glauben teilte grundsätzlich auch das Reichsgericht.³⁸⁰ Dennoch ist auch eine solche Rechtsprechung gezwungen, bei unklarem Willen des Gesetzgebers der einen oder anderen Auslegung den Vorzug zu geben. Die Entscheidung richtet sich dann letztlich nach den Wertvorstellungen des einzelnen Richters. Das gilt auch für die Rechtsprechung des Reichsgerichts. Gerade weil dieses keine verbindliche Methodik der Rechtsfindung anerkannte³⁸¹, musste das allgemeine Gerechtigkeitsgefühl seiner Mitglieder, also letztlich deren Idealvorstellung vom Sinn des Menschenlebens und vom Aufbau der Gesellschaft, in vielen Fällen bei der Auslegung den Ausschlag geben, auch wenn dies kaum je ausdrücklich erklärt worden ist.³⁸²

Es liegt also nahe, bei der Suche nach der oder zumindest einer der Ursachen für die Unterschiedlichkeit der beiden zu untersuchenden Reichsgerichtsentscheidungen auch rechtspolitische Aspekte mit einzubeziehen. Dieser Ansatz wird umso interessanter, je mehr man den historischen Kontext, nämlich die Tatsache berücksichtigt, dass die beiden Entscheidungen in einer Zeit ergingen, in der die Diskussion um das entstehende BGB in vollem Gange war. Urteilten die Richter also nicht in erster Linie über den konkret zu entscheidenden Fall, sondern vor allem

³⁷⁸ ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl (1972), S. 139 ff.; HATTENHAUER, Zivilurteil (1970), S. 119 ff.

³⁷⁹ MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 374.

³⁸⁰ Siehe S. 47.

³⁸¹ Vgl. hierzu MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 372 ff.

³⁸² MERTENS, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 374.

mit Blick auf die zu erwartende Schmerzensgeldregelung im BGB? Wollten sie dem Gesetzgeber diesbezüglich die Richtung vorgeben?

I. Allgemeines zur Entstehung des BGB

Wie oben dargestellt, schufen die Gründung des Norddeutschen Bundes im Jahre 1866 und die des Deutschen Reichs im Winter 1870/71 endlich die Möglichkeit einer Rechtseinheit für die im neuen Reich vereinigten deutschen Stämme. Die Reichsverfassung vom 16. April 1871 und das Gesetz vom 20. Dezember 1873 (Lex Miquel-Lasker) gaben dem Reich die Zuständigkeit zur gemeinsamen Gesetzgebung über das gesamte bürgerliche Recht und das gerichtliche Verfahren.³⁸³

Zur Erstellung eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich trat am 17. September 1874 gemäß den Vorschlägen der bereits im Februar 1874 eingesetzten Vorkommission unter dem Vorsitz *Papes* die Kommission zusammen, die unter Anlehnung an das Sächsische BGB das Fünfbuchsystem fest legte und für jedes Buch einem Mitglied die Redaktion eines Teilentwurfes übertrug. Die gründlichen Verhandlungen der Gesamtkommission wurden nicht veröffentlicht.

Erst auf Beschluss des Bundesrats vom 31. Januar 1888 wurde der dem Reichskanzler als Ergebnis dieser Verhandlungen einen knappen Monat zuvor vorgelegte Gesamtentwurf als *Erster Entwurf* zusammen mit den fünfbandigen *Motiven* zu den einzelnen Büchern veröffentlicht.³⁸⁴

Zum Zeitpunkt des Erlasses der beiden Reichsgerichtsentscheidungen 1882 befand man sich also noch in der Phase unveröffentlichter Verhandlungen.

³⁸³ HELBLING, Bürgerl. Recht (1900), S. 4 f.

³⁸⁴ SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001), § 7 III.1., S. 184.

Dieser *Erste Entwurf* rief lebhafte Kritik und vielfachen Widerspruch hervor. Nachdem in den Jahren 1889 und 1890 die Regierungen der Bundesstaaten sich über ihn geäußert hatten, berief der Bundesrat am 4. Dezember 1890 eine zweite Kommission aus 22 Mitgliedern ein, die teils aus Juristen, teils aber auch aus Vertretern wirtschaftlicher Interessen bestand. Die zweite Kommission arbeitete den ersten Entwurf um, veröffentlichte, sobald sie ein Buch beendet hatte, den neuen Entwurf desselben und reichte am 22. Oktober 1895 die Schlussredaktion beim Bundesrat ein. Nach Beratung durch den Justizausschuss des Bundesrats nahm der letztere den zweiten Entwurf mit einigen Änderungen am 16. Januar 1896 an und übergab ihn am 17. Januar 1896 dem Reichstag, der ihn durch eine 21-köpfige Kommission beraten ließ. Der Reichstag nahm den Entwurf des BGB und eines Einführungsgesetzes dazu am 1. Juli 1896 mit verschiedenen Änderungen an; die Annahme durch den Bundesrat erfolgte am 14. Juli 1896; am 18. August 1896 erhielt er die kaiserliche Sanktion.³⁸⁵

II. Überblick zur Entstehungsgeschichte des § 847 BGB

1. Der Dresdner Entwurf von 1866

Der zur Zeit des Deutschen Bundes entstandene *Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldverhältnisse* sah noch keine reichseinheitliche Regelung des reinen Schmerzensgeldes vor. Gemäß Art. 1009 Abs. 2 sollte "die Bestimmung darüber, ob der Beschädiger dem Beschädigten Schmerzensgeld zu leisten habe", den Landesgesetzen vorbehalten bleiben.

Lediglich für den Fall der bleibenden Verunstaltung enthielt der Entwurf in Art. 1010 eine Bestimmung. Danach sollte aber eine Entschädigung nur dann gefordert werden können, wenn die Verunstaltung geeignet war, "dem Beschädigten die Aussicht auf besseres Fortkommen oder auf eine

³⁸⁵HELBLING, Bürgerl. Recht (1900), S. 5.

Versorgung zu entziehen oder zu schmälern". Dieses Verunstaltungsgeld bezweckte also nicht den Ausgleich ideeller Schäden, sondern den zukünftiger, wenn auch noch unbestimmter, Vermögenseinbußen.

2. Der Erste Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich von 1887

Der Erste Entwurf des BGB enthielt die Regelung des Schmerzensgeldes in § 728:

"In den Fällen der §§ 726, 727³⁸⁶ kann von dem Gericht dem Verletzten oder demjenigen, welchem die Freiheit entzogen ist, auch wegen eines anderen als eines Vermögensschadens nach freiem Ermessen eine billige Geldentschädigung zugesprochen werden. Der Anspruch auf diese Entschädigung geht weder auf den Erben des Berechtigten über, noch ist er übertragbar, es sei denn, daß er vertragsmäßig anerkannt oder rechtshängig geworden ist.

Die Vorschriften des Abs. 1 finden entsprechende Anwendung zu Gunsten der Frau, gegen welche durch Vollziehung des Beischlafes eine der in den §§ 176, 177, 179, 182 StGB bezeichneten strafbaren Handlungen begangen ist."

§ 728 spricht schlechthin von einem andern als Vermögensschaden. Den Begriff des reinen Schmerzensgeldes gibt es also nicht mehr. In den Motiven³⁸⁷ heißt es dazu, es sei nicht einzusehen, warum nur das Erdulden körperlicher Schmerzen durch Zahlung einer Geldsumme auszugleichen sei, für anderen Nichtvermögensschaden aber keine Entschädigung verlangt werden könne. Auch eine besondere Regelung des Verunstaltungsgeldes erübrigte sich, da es ohne weiteres von § 728 erfasst wurde.³⁸⁸

³⁸⁶ § 726 regelt die Körperverletzung, § 727 die Freiheitsentziehung.

³⁸⁷ Bd. 2 (1888), S. 801; MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 447.

³⁸⁸ Bd. 2 (1888), S. 801; MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 447.

In den Motiven³⁸⁹ wird die Regelung des § 728 für den Fall der Körperverletzung mit einem Hinweis auf die Buße des § 231 StGB gerechtfertigt: Nach § 231 StGB sei der Strafrichter befugt, auch wegen eines Nichtvermögensschadens dem Verletzten auf dessen Verlangen eine Entschädigung zuzuerkennen. Nur, wenn dem Zivilrichter dieselbe Befugnis zustehe, werde die Harmonie in der Gesetzgebung hergestellt und "zugleich einem fühlbar gewordenen Bedürfnis, sowie den Anforderungen der Rechtsordnung genügt."

Wenn aber bei Körperverletzungen immaterieller Schaden zu entschädigen sei, lasse sich eine gleiche Bestimmung bei Freiheitsentziehung nicht umgehen, "denn in der fraglichen Beziehung ist die Freiheitsentziehung sichtbar von der Verletzung an Körper und Gesundheit in keiner Weise verschieden"³⁹⁰. Eine zahlenmäßige Beschränkung dieser Entschädigung lehnen die Motive im Hinblick auf die Verschiedenheit der denkbaren Fälle ab.³⁹¹

Die Ausdehnung auf Sittlichkeitsdelikte wird in unbestimmter Weise damit gerechtfertigt, dass "ähnliche Erwägungen wie diejenigen, welche zu der Vorschrift des Abs. 1 S. 1 geführt haben, dafür sprechen"³⁹².

Es bedarf keiner näheren Begründung, dass in § 728 keine neue Privatstrafe geschaffen werden sollte: Privatstrafen waren dem Entwurf fremd. Dem Anspruch sollte Ersatznatur zukommen. Obwohl die Motive diese Frage überhaupt nicht erwähnen, muss dies doch aus den Worten *Entschädigung* und *Schaden* und der Stellung neben anderen Ersatzansprüchen geschlossen werden. Die Motive zu § 728 enthalten auch keinerlei Anhaltspunkt dafür, dass es sich im einen *modifizierten Ersatzanspruch* handeln sollte, dem neben der *Ausgleichsfunktion* eine *Genugtuungsfunktion* zukommt. Auch aus der Bemessung lässt sich hierfür nichts entnehmen, da die Festsetzung der *billigen Entschädigung* ganz nach freiem richter-

³⁸⁹ Bd. 2 (1888), S. 800; MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 447.

³⁹⁰ Bd. 2 (1888), S. 801; MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 447/448.

³⁹¹

³⁹² Bd. 2 (1888), S. 801; MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 448.

lichem Ermessen erfolgen sollte, ohne dass gesagt wäre, woran sich diese zu halten habe.³⁹³

Da der Erste Entwurf eine Flut kritischer Stellungnahmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur ausgelöst hat, könnte man annehmen, dass auch § 728 Gegenstand einer lebhaften Diskussion geworden ist. Das war jedoch nicht der Fall.³⁹⁴ Lediglich in Bezug auf Einzelfragen finden sich vereinzelte Erörterungen. So wandte sich *von Liszt*³⁹⁵ gegen die aktive Unvererblichkeit des Anspruchs besonders im Hinblick auf die Körperverletzungen mit tödlichem Ausgang (§ 226 StGB), bei denen es unter Umständen dem Verletzten nicht mehr möglich sein kann, den Schmerzensgeldanspruch klageweise geltend zu machen.

Der Grund für die stiefmütterliche Behandlung des § 728 in der Diskussion um den Entwurf liegt darin, dass sich die Erörterung ganz auf die allgemeine Frage konzentrierte, in welchem Umfang eine Entschädigung von Nichtvermögensschäden zuzulassen sei, und sich daher ganz auf § 221 des Ersten Entwurfs verlagerte, § 728 aber nur als Ausnahme von § 221 Beachtung fand.³⁹⁶

Der Entwurf bestimmte in § 221:

"Wegen eines anderen als eines Vermögensschadens kann eine Entschädigung nur in den vom Gesetze bestimmten Fällen gefordert werden."

Dieser Grundsatz wurde in den Motiven³⁹⁷ folgendermaßen begründet:

"Durch allgemeine Anerkennung eines nicht vermögensrechtlichen Interesses würde dem Richter jene

³⁹³ Ebenso **HOFSTETTER**, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 67.

³⁹⁴ Vgl. Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen des Reichsjustizamtes, 2. Bd. (1890), S. 414.

³⁹⁵ Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht (1889), S. 32.

³⁹⁶ **HOFSTETTER**, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 68.

³⁹⁷ Bd. 2 (1888), S. 22/23; **MUGDAN**, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 12.

dem deutschen Recht fremde Souveränität seiner Stellung gegenüber dem Streitverhältnisse beigelegt, welche erst in der Berathung der Civilprozeßordnung nach reiflicher Prüfung als bedenklich empfunden und deshalb verworfen wurde; insbesondere ließen sich die Schranken für das Ermessen des Richters kaum aufstellen und wäre der Revisionsrichter im konkreten Falle häufig nicht in der Lage, eine unpassende Ausübung der diskretionären Gewalt des Richters zu korrigieren. Anlangend aber den Fall deliktischer Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens, so müssen freilich an sich auch die sog. idealen Rechte gegen widerrechtliche Verletzung gesichert und es kann dieser Schutz nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden; vielmehr ist dem Verletzten geeigneten Falles nach den Postulaten der Gerechtigkeit auch eine Schadloshaltung zu gewähren. Obwohl auch in der Doktrin die Stimmen für die Berücksichtigung nicht vermögensrechtlichen Schadens in Schädenprozessen sich mehren, sind doch die angeführten Bedenken überwiegend und ausschlaggebend gegen die Aufnahme eines allgemeinen und deshalb unbestimmten, für die meisten und größten Rechtsgebiete überdies zu einer einschneidenden Neuerung führenden Rechtsnorm, nach welcher eine durch das freie Ermessen des Richters zu bestimmende Entschädigung wegen deliktischer Verletzung eines anderen als eines Vermögensinteresses in Geld gefordert werden könnte."

Veranlassung zu dieser ablehnenden Haltung und den obenstehenden Ausführungen in den Motiven gab die "uferlose" französische Praxis, die abschreckend wirkte.³⁹⁸

Die Regelung des Entwurfs fand überwiegend Gegner.

Für den Entwurf traten *Laband*³⁹⁹, *Gebhart*⁴⁰⁰, *Hartmann*⁴⁰¹ und *Reiffel*⁴⁰² ein.

³⁹⁸ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 68.

³⁹⁹ Zum 2. Buch des Entwurfes eines BGB (1888), S. 182 a.E.

⁴⁰⁰ Das Recht der Schuldverhältnisse, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890), S. 256.

Nach *Laband* entspricht diese Regelung dem in Deutschland hergebrachten Recht, wie auch der Stellung des Richters im Zivilprozess.

Hartmann ist zwar nicht der Ansicht, dass gegen eine weitgehende Berücksichtigung des immateriellen Schadens die damit verbundene souveräne Stellung des Richters spreche. Nach ihm ist es aber "dem tieferen deutschen Sinn widerstrebend, die heiligsten Gefühle in schnödem Mammon abzumessen und jede schuldhafte Kränkung derselben durch eine Geldleistung aufwägen zu lassen"⁴⁰³.

Gebhart wandte sich ebenfalls gegen den grundsätzlichen Ersatz des Nichtvermögensschadens, hielt aber die in § 728 statuierte Ausnahme für richtig.⁴⁰⁴

Die ablehnenden Stimmen indessen überwogen. Nachdem man einmal das Problem des immateriellen Schadens erkannt hatte, sah man eine Inkonsequenz darin, einen Ersatz nur in den einzelnen Fällen des § 728 zuzulassen.⁴⁰⁵

Der Ausgangspunkt der einzelnen Autoren war jedoch verschieden:

*Menger*⁴⁰⁶ wandte sich vom Standpunkt der Besitzlosen gegen eine Beschränkung des Ersatzes von Nichtvermögensschäden. Da die Besitzlosen ohne Vermögen sind, könne ihnen auch kein Vermögensschaden erwachsen; desto wichtiger aber seien für sie die persönlichen Güter und ihr Schutz durch zivilrechtliche Entschädigungsansprüche.

*Von Liszt*⁴⁰⁷ wies darauf hin, ein ausgedehnter privatrechtlicher Schutz der nichtvermögensrechtlichen Interessen sei auch vom kriminalpolitischen Standpunkt aus wünschenswert, weil dieser eine Beschränkung

⁴⁰¹ Civilgesetzentwurf (1888), S. 363 ff.

⁴⁰² Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 698.

⁴⁰³ HARTMANN, Civilgesetzentwurf (1888), S. 364.

⁴⁰⁴ GEBHARDT, Das Recht der Schuldverhältnisse, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890), S. 256.

⁴⁰⁵ HOFSTETTER, Geschichte des Schmerzensgeldes (1961), S. 69.

⁴⁰⁶ Das Bürgerliche Recht (1904), S. 147 ff, 199 ff.

⁴⁰⁷ Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht (1889), S. 30/31.

der kurzzeitigen Freiheitsstrafen und eine Beseitigung der Privatklage ermöglichen könne. Wenn der Entwurf aber den Anspruch auf Entschädigung immaterieller Schäden grundsätzlich ablehne, so sei es nicht einzusehen, warum man in der Buße des § 231 StGB und in § 728 eine Ausnahme statuiere. Diese "willkürliche, prinziplose Zulassung einzelner Ausnahmen würde in der Rechtsprechung unerträglicher wirken, als die gänzliche Versagung des Anspruchs für andern als vermögensrechtlichen Schaden".

Gg. *Schmidt*⁴⁰⁸ warf dem Entwurf vor, er bleibe mit seiner Schadensersatzregelung ganz auf dem Boden des gemeinen Rechts. Die moderne Rechtsanschauung fordere einen ausgiebigen Schutz immaterieller Güter. Im Rahmen des § 728 vermisste er vor allem eine Ausdehnung auf Ehrverletzungen.

Auch *Seng*⁴⁰⁹ befürwortete die Umkehrung des § 221 dahin, dass als Regel Entschädigung auch wegen Nichtvermögensschadens gefordert werden kann, sofern der Schaden sich durch Geld wiedergutmachen lässt und es sich nicht um "rein ideale Interessen" handelt.⁴¹⁰ Zwar könne man für das Bedenken der Motive, es ließen sich kaum Schranken für das Ermessen des Richters aufstellen, die "Auswüchse" der französischen und der ihr folgenden Praxis anführen.⁴¹¹ Es sei jedoch dagegen schon mehrfach und mit Recht bemerkt worden, dass der Strafrichter ein viel eingreifenderes, nicht bloß das Vermögen berührendes, vom Revisionsrichter ebenso wenig zu berücksichtigendes Ermessen ausübte, ohne größere Sicherheit für die Richtigkeit seines Urteils zu bieten als der Zivilrichter. Indessen – auch abgesehen hiervon – sollte wirklich zu be-

⁴⁰⁸ Das Schadensersatzrechts des Entwurfs, *in*: Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890), S. 1187, 1197, 1215.

⁴⁰⁹ Vergütung nichtökonomischen Schadens, *in*: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 336 ff.

⁴¹⁰ *SENG*, Vergütung nichtökonomischen Schadens, *in*: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 374/375.

⁴¹¹ Zum Verhältnis der BGB-Gesetzgeber zum französischen Code Civil bemerkt *GROSS* (Vom CC zum BGB, *in*: JZ 2004, S. 1142) anschaulich: "Bei Schaffung des BGB war der Code Civil nur selten die Blaupause, fast immer jedoch der geistige Sparringspartner, an dessen praktischen Erfahrungen die Modelltauglichkeit für ein neues BGB gemessen werden konnte."

fürchten sein, dass der bisher wegen seiner Ängstlichkeit, Kleinlichkeit und Engherzigkeit in Entschädigungsprozessen von allen Seiten angefochtene deutsche Richter in Zukunft in das entgegen gesetzte Extrem verfallen und Geldentschädigung auch da zuerkennen werde, wo durch Geld nichts zu reparieren ist? Gegen diese, an sich schon unwahrscheinliche Möglichkeit sprächen entschieden die bisher mit der Zuerkennung der reichsgesetzlichen Bußen gemachten Erfahrungen; hier sei eher zu wenig als zu viel geschehen. Je ferner nun die Möglichkeit des Missbrauchs liegt, desto weniger könne sie einen ausreichenden Grund bilden, Gütern, welche des privatrechtlichen Schutzes anerkanntermaßen fähig und bedürftig sind, denselben auch in Zukunft zu versagen.⁴¹² Wenn die Schutzbedürftigkeit der "sogenannten idealen Rechte", und zwar durch das Privatrecht, erkannt werde, der Schutz aber, bis auf bestimmte einzelne Fälle, wegen der Bedenklichkeit der dazu erforderlichen Souveränität des Richters und der darin liegenden einschneidenden Neuerung gegenüber dem bisherigen Rechte versagt werde, so werde dies durch die Motive selbst aufgehoben. Denn wenn man anerkenne, dass die so genannten idealen Rechte des privatrechtlichen Schutzes bedürfen, so könne doch die bisherige Nichtgewährung desselben für eine Reformgesetzgebung kein Grund sein, ihn auch fernerhin zu versagen.⁴¹³

Gegen den Entwurf und die Begründung in den Motiven wandte sich hauptsächlich *Gierke*⁴¹⁴. Er befürwortete zwar § 728, trat aber für eine allgemeine Regelung der Entschädigung immaterieller Nachteile ein. Es heißt in diesem Zusammenhang:

"Je mehr die Privatstrafe aus dem geltenden Recht verschwindet, desto unentbehrlicher ist die Berück-

⁴¹² SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 374.

⁴¹³ SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891), S. 373/374.

⁴¹⁴ Entwurf eines BGB (1889), S. 196 ff.

sichtigung des immateriellen Schadens bei der Ordnung der Schadensersatzpflicht."⁴¹⁵

Das Misstrauen gegen die Richter, das in den Motiven zum Ausdruck kommt, könne der materiellen Gerechtigkeit gegenüber unmöglich den Ausschlag geben. Auch habe der Entwurf selbst sich über diese Bedenken in § 728 hinweggesetzt, obwohl sie dort genauso ins Gewicht fielen.⁴¹⁶

3. Die weitere Entwicklung

Trotz dieser zahlreichen Stimmen, die für eine Ausdehnung der Entschädigung immateriellen Schadens eintraten, ist § 728 des Ersten Entwurfs in § 770 des Zweiten Entwurfs sachlich fast unverändert übernommen worden. Lediglich in Abs. 2 wurde den Sittlichkeitsverbrechen der Fall gleichgestellt, in dem eine Frau durch "Anwendung hinterlistiger Kunstgriffe zur Gestattung außerehelicher Beiwohnung verleitet worden ist". Eine weitere Ausdehnung auf das Gebiet der Ehrverletzung wurde von der 2. Kommission ausdrücklich abgelehnt.⁴¹⁷

Auch die Kommission des Reichstages lehnte eine Gleichstellung der Ehrverletzung ab.⁴¹⁸ In dem § 770 des Zweiten Entwurfs entsprechenden § 831 der Reichtagsvorlage wurde nur insoweit eine Änderung vorgenommen, als in Abs. 2 eine Ausdehnung auf alle Verbrechen wider die Sittlichkeit einer Frau erfolgte.

Im Reichstag wurde die Bestimmung ohne Diskussion angenommen.⁴¹⁹ Inhaltlich hat also § 847 BGB a.F. seine Prägung ganz durch die Verfasser des Ersten Entwurfes bekommen.

⁴¹⁵ GIERKE, Entwurf eines BGB (1889), S. 197.

⁴¹⁶ GIERKE, Entwurf eines BGB (1889), S. 197.

⁴¹⁷ Protokolle, S. 2854 f., abgedruckt bei MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 1119.

⁴¹⁸ MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 1309.

⁴¹⁹ Reichstagssitzungsprotokolle, S. 2787, 3069.

Die Verfasser des BGB haben eine gesetzliche Grundlage für den generellen Ersatz immaterieller Interesses demnach abgelehnt und diese Haltung in § 253 BGB a.F. festgehalten. Der als Ausnahme hierzu konzipierte deliktische Schmerzensgeldanspruch des § 847 BGB a.F. wurde auf die Rechtsgüter Körper und Gesundheit, Freiheit und sexuelle Selbstbestimmung beschränkt. Eine Konzeption für den Ersatz immaterieller Schäden im Deliktsrecht lässt sich anhand der Gesetzgebungsmaterialien nicht erkennen. Es liegt vielmehr nahe, dass § 847 BGB a.F. auf eine bloße Zusammenstellung der bekannten Fälle des Ersatzes immaterieller Schäden im Deliktsrecht zurückgeht.⁴²⁰ Die Kritik, § 847 BGB a.F. beruhe auf einer "prinzipienlosen Kompilation der bei Ausarbeitung des Gesetzes bekannten Einzelfälle eines Geldersatzes für immateriellen Schaden"⁴²¹ und zeige die "Hilflosigkeit der Gesetzesverfasser"⁴²² ist daher nicht von der Hand zu weisen.

III. Der Einfluss der Urteile

Inwieweit die Mitglieder des II. und III. Zivilsenats des Reichsgerichts es tatsächlich beabsichtigten bzw. es ihnen gelang, auf die Vorarbeiten zum BGB Einfluss zu nehmen, lässt sich nur aus verschiedenen Indizien schließen, da ausdrückliche Äußerungen hierzu fehlen.

1. Das Urteil des II. Senats

Indem der II. Senat den Klägern in der Sache *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* das Schmerzensgeld versagte, schlug er, wie oben dargestellt, im Vergleich zur herrschenden Meinung in Literatur und Praxis des Vaterlandes des anzuwendenden Code Civil, aber auch der deutschen Juristen den genau entgegengesetzten Weg ein und setzte sich

⁴²⁰ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 16.

⁴²¹ STOLL, Gutachten (1964), S. 58 m.w.N.

⁴²² COING, Zivilrechtl. Persönlichkeitsschutz, in: JZ 1958, S. 559 re. Sp.

damit heftiger Kritik aus. Ob gewollt oder ungewollt – dieses Urteil erhitzte die Gemüter und forderte zu teils ausführlichen, teils knappen, dafür aber umso spitzeren Kommentaren heraus.

So heißt es z.B. in *Puchelts* Zeitschrift für französisches Zivilrecht zu dem Urteil des II. Senats noch eher zurückhaltend:

"Wir beschränken uns auf diese Feststellungen, da eine Polemik gegen den Ausspruch des Reichsgerichts nicht in unserer Absicht liegt. Für abgeschlossen halten wir die Frage angesichts so prägnanter Aussprüche anerkannter Schriftsteller keineswegs, soweit es sich um die Anwendung der Grundsätze der Art. 1382 und 1383 C. civ. handelt."⁴²³

Und ebenfalls mit gebührendem Respekt formuliert *Uebel*⁴²⁴:

"Bei dem hohen Ansehen, welches unser Reichsgericht mit Recht genießt, dürfte es fast anmaßlich erscheinen, daß man es wagt, an der Richtigkeit dieser Entscheidung zu zweifeln, allein das man vor der Thatsache, daß im Vaterlande des Code civil selbst seit 1810 fast einstimmig das Gegenteil gelehrt und entschieden wurde, doch seine Augen nicht verschließen kann und sohin in der fraglichen Entscheidung des Reichsgerichts dieser fast einstimmigen Doktrin und Jurisprudenz der Vorwurf einer irrthümlichen Interpretation der Art. 1382 und 1383 gemacht zu werden scheint (...)."

Weniger von Demut als vielmehr von Empörung geprägt liest sich hingegen der Kommentar von *Fuchs*, wenn dieser schreibt:

"Ich zweifle nicht daran, daß die, welche so Recht sprachen, darauf eine erhöhte Meinung von sich

⁴²³ Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: *Puchelt*, Bd. 15 (1884), S. 178

⁴²⁴ *UEBEL*, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: *Puchelt*, Bd. 15 (1884), S. 505/506.

selbst und der hohen deutschen gelehrten Justiz gegenüber der französischen hatten."⁴²⁵

Sicherlich könnte man die Abkehr vom "französischen Weg" zuvörderst als Versuch des II. Senats des Reichsgerichts werten, seine Eigenständigkeit gegenüber Frankreich unter Beweis zu stellen. In Anbetracht dessen, dass die linksrheinischen Gebiete aber zum Zeitpunkt der Entscheidung schon fast 70 Jahre, nämlich seit dem so genannten *Kampf um das rheinische Recht*, der nach dem Wiener Kongress (1814/1815) entbrannt war und mit der Beibehaltung des Code Civil geendet hatte, aus freien Stücken unter dem Gesetzbuch des Nachbarlandes lebten, erscheint es allerdings als eher unwahrscheinlich, dass die Richter des *französischen Senats* hierfür noch Anlass gesehen hätten. Vielmehr hatte während des gesamten 19. Jahrhunderts eine Verinnerlichung des Code als kraftvoll verteidigtes *droit locale* stattgefunden. In diesen ganzen Jahren und Jahrzehnten war der Code als bürgerliches Recht nicht nur erhalten worden, sondern über die engen Grenzen der deutschen Provinzen hinaus hatte man die universellen Zusammenhänge keineswegs geleugnet und daraus schon fast einen deutschen Code Civil entstehen lassen. Der Hauptverdienst dabei kam der rheinischen und badischen Gerichtspraxis, vor allem aber der selbstbewussten Rechtswissenschaft zu, die eine dogmatisch eigenständige Bearbeitung des Code und des gesamten französischen Zivilrechts geschaffen hatte.⁴²⁶

Näher liegt die Vermutung, dass die Mitglieder des II. Senats in Kenntnis der ewigen Diskussionen ums Schmerzensgeld kurz vor dem Beginn der "heißen Phase" des entstehenden neuen bürgerlichen Rechts die günstige Gelegenheit nutzen wollten, sich einzubringen, indem sie bei ihrer Entscheidung nicht lammfromm den Vorgaben aus dem Mutterland des Code Civil folgten, sondern selbständig Grundprinzipien des neuen deutschen

⁴²⁵ FUCHS, Gerechtigkeitswissenschaft (1965), S. 78.

⁴²⁶ GROSS, Vom CC zum BGB (2004), S. 1139 li. Sp.

BGB zu entwickeln bereit waren.⁴²⁷ Womöglich wollte sich der II. Senat in Einklang mit den Motiven gegen die bekannt großzügige Praxis Frankreichs im Bezug auf Nichtvermögensschäden wenden; jedenfalls führte er – gezielt oder auch nur beiläufig – mit seinem Urteil vor Augen, dass in diesem Zusammenhang dringender Regelungsbedarf vorhanden war. Welche Ansicht man zum Thema *Schmerzensgeld* auch vertrat, "beim Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung"⁴²⁸ – wie der II. Senat es (allerdings im Bezug auf den Code Civil) formulierte – würde auch der Richter, der nach dem neuen BGB zu entscheiden hätte, wieder vor derselben Frage stehen, die Juristen von jeher beschäftigt hatte – diese Unsicherheit im Zuge der Kodifizierung des bürgerlichen Rechts zu beseitigen, war ein mehr als nachvollziehbares Anliegen, das die Aufmerksamkeit aller Beteiligten verdient hatte.

Auch wenn der II. Senat scheinbar eher beiläufig feststellt, die Schwierigkeit der Schätzung eines Schadens dürfe kein Hindernis dafür bilden, für ihn Ersatz zu gewähren⁴²⁹, spiegelt sich hierin eines der Standardargumente wider, das in der ewigen Diskussion ums Schmerzensgeld immer wieder aufgetaucht war. Gleichzeitig wird dadurch die Problematik freien richterlichen Ermessens aufgezeigt, die auch die Väter des BGB beschäftigen würde.

Insgesamt erwecken die Richter des II. Senats damit am ehesten den Eindruck als hätten sie sich bewusst in die Rolle der Prügelknaben begeben, um dem BGB zu einer durchdachten Schmerzensgeldregelung

⁴²⁷ So auch GROSS, Vom CC zum BGB (2002), S. 1141 re. Sp., der sogar davon spricht, die gesetzlichen Regelungen der §§ 253, 847, 1300 BGB a.F. seien durch das ("bemerkenswerte") Urteil des II. Senats in der Sache "Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle" vorbereitet worden. Hingegen wurde nach der Auffassung MERTENS' eine bewusste Rechtsfortbildung außerhalb der durch das Gesetz vorgegebenen Grenzen vom Reichsgericht in der Regel nicht erstrebt; es habe deshalb seine Judikatur auch nicht als eine politische Tätigkeit aufgefasst (Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974), S. 343).

⁴²⁸ RGZ 7, 295, 296.

⁴²⁹ RGZ 7, 295, 296.

zu verhelfen⁴³⁰. Gelungen ist ihnen dies, wie die letztlich ins BGB aufgenommenen Vorschriften zum Ersatz immaterieller Schäden sowie die im darauf folgenden Jahrhundert auftretenden Anwendungsschwierigkeiten zeigen sollten, jedoch nur bedingt.

2. Das Urteil des III. Senats

Da der III. Senat mit seinem Urteil in der Sache *Steup* gegen *Kolb* im Großen und Ganzen den Geschmack der Theorie wie Praxis des ausgehenden 19. Jahrhunderts traf, verwundert es nicht, dass dieses Urteil kommentarlos bis wohlwollend zur Kenntnis genommen wurde⁴³¹.

In Anbetracht der Brisanz des Themas *Schmerzensgeld* zur Zeit der Entscheidung in Literatur und Rechtsprechung verleiten die Ausführungen des III. Senats zu dem Schluss, dass hiermit der Schmerzensgeldregelung im entstehenden BGB die Richtung gewiesen werden sollte.

Im Gegensatz zum II. Senat beschränkt sich der III. Senat nicht lediglich auf eine knappe Begründung seiner Rechtsansicht, sondern beruft sich auf die damalige gemeinrechtliche Theorie und Praxis, schlägt einen weiten Bogen zurück zur *Lex Aquilia* und führt nicht zuletzt neuere Gesetzgebungsentwicklungen an. Der sich daran anschließenden Ausführungen zur Rechtsnatur hätte es für die Frage, ob in dem dem Gericht zur Entscheidung vorliegenden Fall Schmerzensgeld zuzusprechen war oder nicht, eigentlich auch gar nicht mehr bedurft. Dies gilt zumindest für die Darstellungsweise des Senats, der nicht etwa die Existenz des Schmerzensgeldanspruches zusätzlich zu den übrigen von ihm ins Feld geführten Argumenten damit begründet, dass es sich um einen zivilrechtlichen Ersatzanspruch und nicht um eine Privatstrafe handelt, sondern diese

⁴³⁰ In der Tat wurde die Entscheidung im Gesetzgebungsverfahren zur Kenntnis genommen, aber nicht näher auf sie eingegangen (MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 446 unten).

⁴³¹ Auch findet sich ein (wenn auch nur knapper) Hinweis auf die Entscheidung in den Materialien zum BGB (MUGDAN, Materialien, 2. Bd. (1899), S. 446 unten).

Feststellung vielmehr beiläufig, gleichsam als obiter dictum trifft. Natürlich würde auch die Frage der Rechtsnatur, wie die Grundsatzfrage "Schmerzensgeld ja oder nein?" vom BGB-Gesetzgeber zu beantworten sein. Gleiches gilt für die Bemessung des Schmerzensgeldes. Auch hierfür galt es eine vernünftige Lösung zu finden. So macht es Sinn, wenn der III. Senat wiederum die Sache *Steup* gegen *Kolb* zum Anlass nimmt zu statuieren, für die Höhe der dem Verletzten zuzubilligenden Geldsumme, die sich nach den Umständen des konkreten Falles richte, habe die Rücksicht auf Größe, Heftigkeit und Dauer der erlittenen Schmerzen das ausschlaggebende Moment zu bilden und das richterliche Ermessen sei bei der Arbitrierung der Schmerzensgeldsumme keineswegs in der Weise beschränkt, dass es nicht höher gehen dürfe als bis zum Betrag der durch die Verletzung aufgelaufenen Kurkosten⁴³². Eine solche Regelung fand sich z.B. im Preußischen ALR von 1794 (1. Teil, 6. Titel, § 113) und hätte demnach den Vätern des BGB als Vorbild dienen könne, was der III. Senat anscheinend verhindern wollte.

Möglicherweise wollte der III. Senat aber nicht nur die Richtigkeit seiner Auffassung betonen, sondern zugleich aufzeigen, dass es sich bei dem Urteil des II. Senats um eine Fehleinschätzung vor allem im Hinblick auf die Rechtsnatur des Schmerzensgeldanspruches handelte. Gerade in der an sich überflüssigen Bemerkung zur Rechtsnatur des Anspruchs könnte die Verbindung zwischen den beiden Entscheidungen liegen.

Dafür, dass der III. Senat darauf bedacht war, zumindest auch die anderen Senate auf seine Schmerzensgeldentscheidung aufmerksam zu machen, um auf eine einheitliche Linie im Vorfeld des BGB hinzuwirken, spricht auch die Tatsache, dass der Senatsrichter *von Streich* die durch das Urteil entschiedene Rechtsfrage in einen Leitsatz zusammenfasste und in der so genannten Notizensammlung veröffentlichen ließ.⁴³³

⁴³² RGZ 8, 117, 118.

⁴³³ Auszug aus der Notizensammlung als Faksimile mit Transkription im Anhang.

Um die Einheitlichkeit der Rechtsprechung der einzelnen Senate des Reichsgerichts sicherzustellen, bestand zunächst die Möglichkeit die Vereinigten Zivilsenate⁴³⁴ nach Maßgabe des § 137 GVG anzurufen.⁴³⁵ Aufgabe der Vereinigten Zivilsenate war es, eine Entscheidung herbeizuführen, wenn ein Zivilsenat von der Entscheidung eines anderen Zivilsenats oder des Vereinigten Zivilsenats abweichen wollte. Der jeweilige Senat war an die Rechtsprechung der anderen Senate gebunden bis die Vereinigten Senate diese abgeändert hatten.⁴³⁶ Die Entscheidungen der Vereinigten Zivilsenate waren im Hinblick auf den konkreten Rechtsstreit für den erkennenden Senat bindend. Wegen der Schwerfälligkeit der Beratung aufgrund der Größe des Kollegiums⁴³⁷ wurde seine Anrufung von den Mitgliedern des Reichsgerichts eher gefürchtet. Vielmehr sprach man von einem "horror pleni".⁴³⁸ Dieser "horror pleni" hat dazu geführt, dass sich unter den Mitgliedern des Reichsgerichts die Meinung durchsetzte, dass es zulässig sei, die Vereinigten Zivilsenate nicht anzurufen. Dies war der Fall, wenn ein Senat von der Rechtsprechung des anderen abweichen wollte, sofern der andere Senat zuvor selbst von einer Entscheidung des abgehenden Senats abgewichen war, ohne seinerseits die Vereinigten Zivilsenate anzurufen.⁴³⁹ Diese Vorgehensweise zeigt, dass das Reichsgericht bemüht war, einen Konfliktfall mit einem anderen Senat und damit eine Plenarentscheidung zu vermeiden.^{440 441}

Die vorliegenden Fälle wurden nicht den Vereinigten Zivilsenaten vorgelegt. Grund mag zum einen die generell zurückhaltende Inanspruchnahme dieses Gremiums gewesen sein. Vor allem aber hatten die beiden

⁴³⁴ Am 28. Juni 1935 wurden die Vereinigten Zivilsenate durch den Großen Senat für Zivilsachen ersetzt.

⁴³⁵ Gleiches galt für die Strafsenate, die hier nicht weiter betrachtet werden sollen.

⁴³⁶ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 37.

⁴³⁷ Zur Fassung von Entscheidungen waren nach § 139 GVG zwei Drittel aller Mitglieder aller beteiligten Senate mit Einschluss des Vorsitzenden (dem Reichsgerichtspräsidenten) erforderlich.

⁴³⁸ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 37.

⁴³⁹ LOBE, Die innere Organisation des RG (1929), S. 28.

⁴⁴⁰ In den ersten fünfzig Jahren des Bestehens des Reichsgerichts sind die Vereinigten Zivilsenate 70 mal angerufen worden (vgl. MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 37).

⁴⁴¹ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 37.

Senate 1882 aufgrund der bestehenden Rechtszersplitterung zwar dieselbe rechtspolitische Grundsatzfrage – nämlich "Schmerzensgeld ja oder nein?" – zu entscheiden, allerdings auf dem Boden unterschiedlicher Rechtsgrundlagen, weshalb sich genau genommen gar nicht zwei verschiedene Auffassungen zu ein und derselben Rechtsfrage gegenüber standen, die es durch die Vereinigten Zivilsenaten zu vereinheitlichen galt. Vielmehr handelte es sich zum einen um die Frage, ob die Artt. 1382, 1383 Code Civil einen Schmerzensgeldanspruch vorsahen, und zum anderen darum, ob nach dem gemeinen Recht Schmerzensgeld zu gewähren war.

Neben den Vereinigten Zivilsenaten dienten als weitere interne Hilfsmittel zur Wahrung der Kontinuität der reichsgerichtlichen Rechtsprechung die Präjudizienbücher, die so genannte Notizensammlung und das Spruchrepertorium, letzteres unter dem Titel "Nachschlagewerk des Reichsgerichts für das Bürgerliche Gesetzbuch"^{442, 443}

Die Präjudizienbücher führte das Reichsgericht in Übereinstimmung mit § 23 seiner Geschäftsordnung. Dort war bestimmt, dass in das Präjudizienbuch alle Entscheidungen der Vereinigten Zivil- (und Straf)senate sowie diejenigen Entscheidungen einzelner Senate, deren Eintragung auf Anregung eines Mitglieds des Senates beschlossen wurde, einzutragen waren. Die Präjudizien wurden in autographischer Vervielfältigung allen Mitgliedern der Zivilsenate mitgeteilt. Von den beiden in Frage stehenden Urteilen wurde allerdings keines in diese Sammlung aufgenommen.⁴⁴⁴

Daneben wurde die so genannte *Notizensammlung*⁴⁴⁵ geführt, die seit der Gründung des Reichsgerichts bestand und mit der Schaffung des Nach-

⁴⁴² Da das Spruchrepertorium erst zwischen 1906 und 1909 rückwirkend bis zur Zeit ab dem 1. Januar 1900 erschien (vgl. MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 38 f.), es die beiden fraglichen Entscheidungen somit nicht berücksichtigen konnte, wird hierauf nicht näher eingegangen.

⁴⁴³ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 38.

⁴⁴⁴ Dies ergab eine Rechercheanfrage an die Bibliothek des BGH.

⁴⁴⁵ Die Notizensammlung ist mit der "Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts" in die Bibliothek des Bundesgerichtshofs in Karlsruhe übergegangen. Sie besteht aus drei Bänden, wobei der erste Bd. die Zeit von 1879 bis 1899, der zweite Bd. die Jahre von 1900 bis 1902 und der dritte Bd. schließlich 1903 bis 1907 erschließt. Der erste Bd. ist zeitlich und nach Senaten geordnet; der Zeitraum 1900 bis 1907 hat eine Aufteilung nach Gesetzen gefunden.

schlagewerkes 1907 aufgegeben wurde. Als "Notiz" bezeichnete man dabei die Entscheidung von Rechtsfragen, welche in kurze Rechtssätze gefasst wurden. Über die Art und Weise der Auswahl von Notizen in die gleichnamige Sammlung äußerte sich der damalige Direktor der Bibliothek des Reichsgerichts, *Karl Schulz*, wie folgt:

"Ihre Aufstellung war dem Belieben oder der Anregung seitens der Senatspräsidenten oder der Mitglieder der Senate überlassen und entbehrte daher einer über das Zufällige hinausgehenden prinzipiellen Ausbildung."⁴⁴⁶

In dieses Nachschlagewerk wurde zwar nicht das Urteil des II. Senats aufgenommen⁴⁴⁷, jedoch findet sich hierin folgender Eintrag über die Sitzung des II. Senats vom 17. November 1882, referiert von dem Senatsmitglied *von Streich*:

"Aus gemeinem Recht steht dem durch ein Delikt Verletzten in Form eines civilrechtlichen Ersatzanspruchs, und nicht als Privatstrafe, eine Forderung auf ein Geldäquivalent wegen der durch die Verletzung erlittenen Schmerzen (sg. Schmerzensgeld) zu."⁴⁴⁸

Jedenfalls der III. Senat wollte also auf seinen Standpunkt sowohl hinsichtlich der Grundsatzentscheidung für einen Schmerzensgeldanspruch als auch ausdrücklich in Bezug auf die Rechtsnatur (zivilrechtlicher Ersatzanspruch, nicht Privatstrafe) durch die Nutzung eines zusätzlichen Mediums (neben RGZ) aufmerksam machen.

Umgekehrt ist aber, wie die Äußerung von *Schulz* zeigt, aus der Tatsache, dass die Notizensammlung demgegenüber keine Notiz über das Urteil des II. Senats enthält, nicht zwangsläufig zu schließen, dass die Mitglieder dieses Senats ihrer Rechtsauffassung zum Thema Schmerzensgeld

⁴⁴⁶ SCHULZ, Der Kampf um ein geistig hochstehendes Reichsgericht, S. 12, zitiert nach MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S.39.

⁴⁴⁷ Dies ergab eine Rechercheanfrage bei der Bibliothek des BGH.

⁴⁴⁸ Notizensammlung 1882, Nr. 157 (Faksimile und Transkription im Anhang).

eine geringere Bedeutung beigemessen hätten. Schließlich hatte der II. Senat ja dafür gesorgt, dass seine Entscheidung zur Veröffentlichung in der *Amtlichen Sammlung* mitgeteilt wurde; dies war keineswegs eine Selbstverständlichkeit – in der *Amtlichen Sammlung* wurden nämlich nur maximal 10% der Entscheidungen des Reichsgerichts veröffentlicht⁴⁴⁹.

Wie die Senate auch ihre eigene Rolle in der Diskussion ums Schmerzensgeld des entstehenden BGB gesehen haben mögen, ihre Urteile hatten jedenfalls über die rechtspolitischen Äußerungen ihrer Kommentatoren mindestens indirekten Einfluss auf den Meinungsbildungsprozess.

So ist z.B. in einer "Anmerkung des Herausgebers" der Zeitschrift für französisches Zivilrecht zu dem Beitrag *Reiffels*⁴⁵⁰ zu lesen:

"Wir haben dieser Abhandlung gerne Raum gestattet, weil sie ein vollständiges Bild der Streitfrage giebt, wollen aber nicht verschweigen, daß wir im wesentlichen die hier angefochtene Ansicht teilen und de lege ferenda die Berücksichtigung des moralischen Schadens im B.G.B. in weiterem Umfang, als im Entwurfe, als einen Fortschritt begrüßen würden."⁴⁵¹

IV. Ergebnis

Ob die Richter des II. und III. Senats dem Gesetzgeber des neuen bürgerlichen Rechts für das Deutsche Reich im Hinblick auf das Schmerzensgeld tatsächlich die Richtung vorgeben wollten, kann mangels ausdrücklicher Äußerungen nicht mehr mit Sicherheit festgestellt werden. Allerdings spricht die zeitliche Nähe der Entscheidungen zur kurz bevorstehenden Veröffentlichung des ersten Entwurfs des BGB in Zusammenschau mit der Schwerpunktbildung der beiden Urteile für diese These. Insbesondere der II. Senat überraschte mit seiner Abkehr von der in

⁴⁴⁹ MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001), S. 15.

⁴⁵⁰ REIFFEL, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691 ff.

⁴⁵¹ REIFFEL, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 711.

Frankreich, aber bis dahin auch in Deutschland, herrschenden Ansicht zum Schmerzensgeld so sehr, dass er mit entsprechend heftigen Reaktionen rechnen musste. Dass sich eine solche in der Entscheidung *Steup* gegen *Kolb* wieder findet, scheint nicht unwahrscheinlich.

In dem Tauziehen, das um die Regelung des Schmerzensgeldes im BGB von 1900 stattfand, waren die beiden Senate durch ihre Entscheide mehr als nur Statisten, sondern treibende Kräfte.

Kapitel 3: Exkurs: Die Entwicklung des Schmerzensgeldes nach Inkrafttreten des BGB im Überblick

Die vielfach als unbefriedigend empfundene Rechtslage zum Ersatz von Nichtvermögensschäden im BGB von 1900 führte in der Rechtsprechung und in weiten Teilen der Literatur unter anderem zu dem Ansatz, über neue Definitionen des Vermögensschadens zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen. Für die Rechtsprechung sind in diesem Zusammenhang die so genannte Kommerzialisierungsthese, die damit zusammenhängende Rechtsprechung zur abstrakten Nutzungsentschädigung, die Frustrationslehre und die Rentabilitätsvermutung zu nennen⁴⁵². Im Schrifttum hat es eine Reihe von verschiedenen Ansätzen gegeben, diesem Problem zu begegnen, wobei die so genannte Frustrationslehre auf die größte Resonanz gestoßen ist.⁴⁵³

Aber auch die Funktionen des Schmerzensgeldes (hierzu unter A., S. 143 ff.) und der Anwendungsbereich des § 847 BGB a.F. (hierzu unter B., S. 146 f.) wurden durch Rechtsprechung und Lehre immer weiterentwickelt. Außerdem kam es zu einigen Vorstößen im Bezug auf eine Neuregelung der Materie (hierzu unter C. (S. 148 ff.)), bis schließlich mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften im Jahre 2002 eine – wenn auch nur begrenzte – Ausdehnung des Ersatzes für Nichtvermögensschäden erfolgte (hierzu unter D. (S. 151 ff.)).

A. Funktionen des Schmerzensgeldes

In der Diskussion um § 847 BGB a.F. ist die Frage nach den Funktionen dieser Vorschrift das zentrale Thema.⁴⁵⁴

⁴⁵² Diese befassen sich allerdings nicht mit dem Ersatz immaterieller Schäden im Deliktsrecht, sondern mit dem Grenzbereich des § 253 BGB a.F. im Vertragsrecht (vgl. hierzu RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 22 ff.).

⁴⁵³ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 19.

⁴⁵⁴ Ausführlich zum Streitstand LANGE, Schadensersatz (1990), S. 435 ff.

Während in der anfänglichen Rechtsprechung des BGH⁴⁵⁵ die Ausgleichsfunktion noch dominierte, ist seit der Entscheidung des Großen Zivilsenats aus dem Jahre 1955⁴⁵⁶ die Auffassung von der Doppelfunktion des Schmerzensgeldes ständige Rechtsprechung. Das Schmerzensgeld dient hiernach einerseits dazu, einen angemessenen Ausgleich für die erlittenen immateriellen Schäden zu schaffen. Unter diesem Aspekt sind für die Bemessung des Schmerzensgeldes Intensität und Dauer der erlittenen Beeinträchtigung maßgeblich.⁴⁵⁷ Zugleich soll dem Geschädigten aber auch eine Genugtuung für das zugesprochen werden, was der Schädiger ihm angetan hat.⁴⁵⁸ Nach Auffassung der Rechtsprechung, die auch von Vertretern der Literatur geteilt wird,⁴⁵⁹ handelt es sich hierbei um zwei einander ergänzende Wirkungsweisen desselben Anspruchs. Eine Abgrenzung im Einzelnen sei nicht erforderlich.

An der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes hat sich in der Literatur jedoch auch vielfältige Kritik entzündet. Mit dieser habe ein im Zivilrecht systemwidriges und verfassungsrechtlich bedenkliches pönales Element Einzug gehalten.⁴⁶⁰ Die Rechtsprechung hielt dagegen eine Ergänzung der Ausgleichsfunktion um den Genugtuungsgedanken aus dem Grund für notwendig, dass andernfalls den Einkommens- und Vermögensverhältnissen des Geschädigten eine zu große Bedeutung zukomme. Seien beispielsweise diese außergewöhnlich günstig, so komme ein Ausgleich nicht in Betracht. In diesen Fällen sei die Wiedergutmachungsaufgabe des Schmerzensgeldes über das Genugtuungsbedürfnis des Ge-

⁴⁵⁵ BGHZ 7, 223, 224 ff.

⁴⁵⁶ BGHZ 18, 149, 154 ff.

⁴⁵⁷ **MEDICUS**, Schuldrecht I (2004), Rn. 656, **PRINZ**, Persönlichkeitsrechtsverletzungen, in: NJW 1996, S. 955 li. Sp.

⁴⁵⁸ BGHZ 18, 149, 154.

⁴⁵⁹ **DEUTSCH**, Haftungsrecht (1996), S. 571 ff.; **LARENZ/CANARIS**, Schuldrecht (1994), § 83 III.2.

⁴⁶⁰ **BÖTTICHER**, Ersatz immateriellen Schadens, in: MDR 1963, S. 359 re. Sp.; **CANARIS**, Gewinnabschöpfung (1999), S. 85, 102 ff.; **HIRSCH**, Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht (1969), S. 304 ff; **HONSELL**, Funktionen des Schmerzensgeldes, in: VersR 1974, S. 205 m.w.N.

schädigten zu leisten, wenn auch grundsätzlich der Entschädigungs- oder Ausgleichsgedanke im Vordergrund stehe.⁴⁶¹

Im Rahmen der Genugtuungsfunktion berücksichtigte die Rechtsprechung auch Umstände, die in der Person des Schädigers liegen. Hier ist insbesondere das Verschulden des Verletzers zu nennen.⁴⁶² Je höher der Verschuldensgrad des Handelns ist, umso höher wird die erforderliche Kompensationsleistung bemessen. Berücksichtigt wurde zudem die finanzielle Situation des Schädigers, anhand derer eine fühlbare Schmerzensgeldhöhe ermittelt wurde.⁴⁶³ Daneben konnte auch das Verhalten des Verletzers nach der Verletzungshandlung Auswirkungen auf die Bemessung des Schmerzensgeldes haben.⁴⁶⁴ Die Verzögerung einer Zahlung durch unbegründete Verschleppung des Verfahrens konnte sich beispielsweise schmerzensgelderhöhend auswirken. Schließlich wirkte sich nach Auffassung einiger Gerichte auch die Verhängung einer Kriminalstrafe schmerzensgeldmindernd aus, weil mit ihr dem Bedürfnis nach Genugtuung ganz oder teilweise genügt sei.⁴⁶⁵ Diesen letztgenannten Aspekt bei der Bemessung des Schmerzensgeldes hat der BGH jedoch nicht gebilligt.⁴⁶⁶

Insgesamt lässt sich in den vergangenen Jahrzehnten in der Rechtsprechung des BGH ein Zurückdrängen der Genugtuungsfunktion zugunsten eines weiteren Verständnisses der Ausgleichsfunktion feststellen⁴⁶⁷, die in der Literatur schon länger gefordert wurde.⁴⁶⁸ Eine Rolle

⁴⁶¹ BGHZ 18, 149, 159.

⁴⁶² BGHZ 18, 149, 157 ff.; BGH GRUR 1969, S. 301, 302 li. Sp. – "Spielgefährtin II".

⁴⁶³ BGHZ 18, 149, 159 f.; BGH NJW 1993, S. 1531, 1532.

⁴⁶⁴ BGH, VersR 1961, S. 703, 704; BGH, VersR 1967, S. 256, 257.

⁴⁶⁵ OLG Celle, JZ 1970, S. 548; OLG Hamburg, MDR 1972, S. 1033; LG Frankfurt, NJW 1985, S. 201, 203.

⁴⁶⁶ BGH, NJW 1995, S. 781 ff.; BGH, NJW 1996, S. 1591.

⁴⁶⁷ BOLLWEG, Schadensersatzrecht, in: NZV 2000, S. 187 li. Sp.; DAUNER-LIEB/HUBER, Anwaltkommentar (2002), § 253 Rn. 12; DAUNER-LIEB/HUBER, Schuldrecht (2002), § 16 Rn. 47; DRESSLER, Neugewichtung bei Schadensersatzleistungen, in: DAR 1996, S. 82; FREISE, Schadensersatzrecht, in: VersR 2001, S. 539, 541 li. Sp.; GEIß, Konfliktbewältigung, in: DAR 1998, S. 420 re. Sp.; GIESEN, Anmerkung, in: JZ 1993, S. 519 f.; HUBER, 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, in: DAR 2000, S. 29 li. Sp.; KARCZEWSKI, Referentenentwurf, in: VersR 2001, S. 1070, 1071; KERN, Genugtuungsfunktion, in: AcP 191 (1991), S. 247 ff; MÜLLER, Entwurf, in: ZRP 1998, S. 258, 260 li. Sp.; SCHULZE/EBERS, Neues Schuldrecht, in: JuS 2004, S. 367 re. Sp.

spielte hierbei auch die Tatsache, dass die Genugtuungsfunktion mit der Übernahme des Schmerzensgeldes durch eine Haftpflichtversicherung unvereinbar ist.⁴⁶⁹ Dies hat dazu geführt, dass die Ausgleichsfunktion die Genugtuungsfunktion bei den Fahrlässigkeitsdelikten schon fast völlig verdrängt hat.⁴⁷⁰

Im Zusammenhang mit Persönlichkeitsrechtsverletzungen hat die Rechtsprechung der Geldentschädigung in jüngster Zeit über die bisher anerkannten Funktionen des Schmerzensgeldes – Ausgleich und Genugtuung – hinaus ausdrücklich eine Präventionsfunktion zugesprochen.⁴⁷¹ Von der Höhe der Geldentschädigung müsse ein "echter Hemmungseffekt" für die Vermarktung der Persönlichkeit ausgehen.⁴⁷² Diese Betonung des Präventionsgedankens ist in der Literatur überwiegend auf ein positives Echo gestoßen.⁴⁷³

B. Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 847 BGB a.F. auf den Ehrenschutz

Zum Zeitpunkt der Schaffung des BGB waren hingegen weder ein allgemeines Persönlichkeitsrecht noch ein Geldersatzanspruch bei Ver-

⁴⁶⁸ CANARIS, Gewinnabschöpfung (1999), S. 85, 104 f.; KÖNDGEN, Haftpflichtfunktionen (1976), S. 117 ff.; LORENZ, Immaterieller Schaden (1981), S. 32 ff, 37, 55, 59 f., 65, 91 f.; LORENZ, Schmerzensgeld, in: FS Wiese (1998), S. 261, 273; MEDICUS, Schuldrecht I (2004), Rn. 656; MÜKO/MERTENS, BGB, Bd. 5 (1997), § 847 Rn. 3, 5; NEHLSSEN-V. STRYCK, Schmerzensgeld, in: JZ 1987, S. 126 re. Sp.; STOLL, Haftungsfolgen (1993), S. 203 f. (dieser trifft allerdings eine Einschränkung für Persönlichkeitsrechtsverletzungen).

⁴⁶⁹ BÖTTICHER, Ausrichtung der Sanktion, in: AcP 158 (1959/60), S. 398; HONSELL, Funktionen des Schmerzensgeldes, in: VersR 1974, S. 205, 206; LORENZ, Immaterieller Schaden (1981), S. 44; MACKE, Regulierung von Unfallschäden, in: DAR 2000, S. 508 re. Sp.; MEDICUS, Schuldrecht I (2004), Rn. 656; MEDICUS, Schadensersatzrecht (2000), S. 121, 122; NEHLSSEN-V. STRYCK, Schmerzensgeld, in: JZ 1987, S. 126 re. Sp.

⁴⁷⁰ DAUNER-LIEB/HUBER, Schuldrecht (2002), § 16 Rn. 47; MÜLLER, Entwurf, in: ZRP 1998, S. 258, 260.

⁴⁷¹ BGHZ 128, 1, 15 (erste Caroline-von-Monaco-Entscheidung); vorher schon angedeutet in BGH, VersR 1970, S. 134, 136.

⁴⁷² BGHZ 128, 1, 16.

⁴⁷³ LÖWE, Prävention (2000), S. 247 ff.; NIXDORF, Schmerzensgeld, in: NZV 1996, S. 93/94; PRINZ, Persönlichkeitsrechtsverletzungen, in: NJW 1996, S. 954; vorher schon DIEDERICHSEN, Neuordnung des Schuldrechts, in: AcP 182 (1982), S. 112; a.A. CANARIS, Gewinnabschöpfung (1999), S. 85, 105 ff.

letzung desselben als Ausnahme von § 253 BGB a.F. bekannt.⁴⁷⁴ Das Reichsgericht lehnte die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in ständiger Rechtsprechung ab.⁴⁷⁵ Diese Rechtsprechung änderte erst der BGH im Jahre 1954 und vertrat die Auffassung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht müsse als ein "verfassungsmäßig gewährleistetes Grundrecht" angesehen werden⁴⁷⁶. Diese Ausführungen wurden als Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als *sonstiges Recht* im Sinne von § 823 Abs. 1 BGB angesehen.⁴⁷⁷

Erstmals 1958 sprach dann der BGH in der *Herrenreiter-Entscheidung*⁴⁷⁸ dem in seinem Persönlichkeitsrecht verletzten Kläger einen Ausgleich für die erlittene immaterielle Beeinträchtigung zu. Gestützt wurde dieser Ersatzanspruch hier noch auf eine Analogie zu dem in § 847 BGB a.F. genannten Tatbestand der Freiheitsentziehung, indem man von einer "Freiheitsberaubung im Geistigen"⁴⁷⁹ ausging. Bereits kurze Zeit später wurde in der *Ginseng-Entscheidung*⁴⁸⁰ nicht mehr mit einer Analogie zu § 847 BGB a.F., sondern damit argumentiert, dass der von den Gerichten aufgrund der in den Art. 1 und 2 des Grundgesetzes getroffenen Wertentscheidung herausgebildete zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz unvollkommen sei, wenn bei einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine entsprechende Sanktion verhängt werde. Dieser Gedanke des Schutzes der Persönlichkeit, der ohne einen Entschädigungsanspruch nicht wirksam gewährleistet wäre, prägte auch in der Folgezeit die Rechtsprechung des BGH.⁴⁸¹ Damit wurde also die gegenüber einer Aufnahme des Rechtsguts der Ehre in den Katalog des § 847 BGB a.F. ablehnende Entscheidung der Verfasser des BGB nachträglich relativiert.⁴⁸²

⁴⁷⁴ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 31.

⁴⁷⁵ Vgl. z.B. RGZ 69, 401, 403 f.; RGZ 79, 397, 398; RGZ 113, 413, 414.

⁴⁷⁶ BGHZ 13, 334, 338.

⁴⁷⁷ LARENZ/CANARIS, Schuldrecht (1994), § 80 I.3.

⁴⁷⁸ BGHZ 26, 349 ff.

⁴⁷⁹ BGHZ 26, 349, 356.

⁴⁸⁰ BGHZ 35, 363 ff.

⁴⁸¹ BGHZ 39, 124 ff.

⁴⁸² RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 31.

C. Gesetzgebungsinitiativen

Die Forderungen nach stärkerem Schutz für immaterielle Güter hatten schon mehrfach zu Überlegungen geführt, die gesetzlichen Regelungen zu ändern.

Zunächst befasste sich der 42. Deutsche Juristentag 1957 mit dem Schutz der Privatsphäre vor Indiskretionen. Der im Folgejahr zustande gekommene Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des zivilrechtlichen Persönlichkeits- und Ehrenschatzes⁴⁸³ wollte diesem Problem in Art. 1 Nr. 6 mit folgender Neufassung des § 847 BGB a.F. begegnen:

"Wer in seiner Persönlichkeit verletzt wird, kann auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine angemessene Entschädigung in Geld einschließlich einer Genugtuung für die erlittenen Unbill verlangen; dies gilt nicht, soweit eine Herstellung im Sinne des § 249 möglich und genügend oder soweit dem Verletzten Genugtuung in anderer Weise als durch Geld geleistet ist; eine unerhebliche Verletzung bleibt außer Betracht. Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach den Umständen, insbesondere nach der Schwere der Verletzung und des Verschuldens.

Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist."

Darüber hinaus sollte mit § 252 a BGB eine neue Vorschrift geschaffen werden, die eine Vermutung dafür aufstellte, dass eine Persönlichkeitsrechtsverletzung zu einer Schädigung vermögenswerter Güter geführt hat.

Der 45. Deutsche Juristentag befasste sich im Jahre 1964 mit dem gesamten Thema des Ersatzes immaterieller Schäden.⁴⁸⁴ Ein späterer Referentenentwurf zur Änderung und Ergänzung schadensersatzrechtlicher

⁴⁸³ BT-Drucks. III/1237.

⁴⁸⁴ vgl. NJW 1964, S. 2098 ff.

Vorschriften⁴⁸⁵ aus dem Jahr 1967 sah vor, den § 847 BGB a.F. um den Tatbestand der schweren Verletzung des Persönlichkeitsrechts zu ergänzen. Außerdem sollte der Schmerzensgeldanspruch auch auf die Fälle der Gefährdungshaftung nach dem geltenden RHaftPflG und dem StVG erstreckt werden.⁴⁸⁶

Umfangreiche Änderungen und Erweiterungen der Ersatzpflicht für immaterielle Schäden sah das im Auftrag des Bundesministers der Justiz von *Hohloch* verfasste Gutachten aus dem Jahre 1981 vor.⁴⁸⁷ Nach diesem Gesetzesvorschlag sollte ein Schmerzensgeldanspruch ausdrücklich auch im Falle einer beträchtlichen Verletzung der Persönlichkeit oder erheblichem Verschulden des Verletzers gewährt werden.⁴⁸⁸ Darüber hinaus sah § 253 Abs. 4 BGB des Gesetzesvorschlags vor, dass eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden kann, wenn der Schutz oder die Förderung immaterieller Interessen Gegenstand einer besonderen Vereinbarung oder Pflichtenstellung des Schädigers war. § 847 BGB sollte gestrichen und der Schmerzensgeldanspruch systematisch in § 253 BGB eingeordnet werden; der Anspruch sollte also nicht auf das Deliktsrecht beschränkt sein, sondern sich auch auf die Vertrags- und Gefährdungshaftung erstrecken.⁴⁸⁹

Schließlich wurde 1998 ein Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften in den Bundestag eingebracht,⁴⁹⁰ der mit § 253 Abs. 2 die Einführung eines Anspruchs auf Schmerzensgeld auch in der Gefährdungshaftung in Fällen einer schwerwiegenden und dauerhaften Verletzung vorsah. Außerdem sollte bei nicht vorsätzlicher

⁴⁸⁵ Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz.

⁴⁸⁶ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 31.

⁴⁸⁷ HOHLOCH, Gutachten (1981), S. 375 ff.

⁴⁸⁸ § 253 Abs. 3 des Gesetzesvorschlags (HOHLOCH, Gutachten (1981), S. 375, 474).

⁴⁸⁹ HOHLOCH, Gutachten (1981), S. 375, 440.

⁴⁹⁰ BR-Drucks. 265/98, vgl. hierzu auch MAIER-REIMER, Stellungnahme, in: AnwBl. 1998, S. 329 f.; DRB, Schadensersatzrecht, in: DRiZ 1998, S. 179 ff.; HUBER, 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, in: DAR 2000, S. 20 ff.; MACKE, Regulierung von Unfallschäden, in: DAR 2000, S. 506 ff.; MÜLLER, Entwurf, in: ZRP 1998, S. 258 ff.

Schädigung mit § 847 Abs. 2 des Entwurfs eine Bagatellgrenze für geringfügige Schäden geschaffen werden. Eine Ausdehnung des Schmerzensgeldes auf die Vertragshaftung war jedoch nicht vorgesehen.⁴⁹¹

In all diesen Fällen ist es jedoch bei bloßen Reformvorhaben geblieben. Keiner der Vorschläge wurde Gesetz. Bis auf die Schaffung des § 651 f Abs. 2 BGB im Jahre 1979, der eine Entschädigung für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit vorsieht, beschränkten sich die Neuregelungen im BGB hinsichtlich des Ersatzes immaterieller Schäden darauf, dass im Jahre 1990 § 847 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. gestrichen, der Schmerzensgeldanspruch damit veräußerlich und vererblich wurde,⁴⁹² dass mit der Neufassung des § 611 a Abs. 2 BGB 1994 für den Fall der Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsverhältnis eine zusätzliche Ausnahme von § 253 BGB a.F. für das Vertragsrecht geschaffen wurde⁴⁹³ und dass die Vorschrift des § 1300 BGB a.F. im Jahre 1998 gestrichen wurde.⁴⁹⁴ Diese Regelung gewährte als Ausnahme im Sinne von § 253 BGB a.F.⁴⁹⁵ einer Verlobten einen Ersatzanspruch für einen Nichtvermögensschaden im Falle der Gestattung der Beiwohnung und späterem Verlöbnißbruch (so genanntes *Kranzgeld*).

Außerhalb des BGB gewährten bisher folgende Vorschriften als Ausnahmen von § 253 BGB a.F. Ersatz immaterieller Schäden: §§ 53 Abs. 3 LuftVG, 29 Abs. 2 AtomG, 40 Abs. 3 SeemG, 97 Abs. 2 UrhG, 7 Abs. 3 StrEG, 52 Abs. 2 BGSG, 43, 45, 47 und 48 BEG und Art. 50 Abs. 5 EMRK.

Aufgehoben worden sind dagegen die strafrechtlichen Bußvorschriften der §§ 188, 231 StGB durch das Einführungsgesetz zum StGB vom 2.3.1974.

Insgesamt betrachtet gab es also seit dem Inkrafttreten des BGB sowohl in Rechtsprechung und Literatur als auch in der Gesetzgebung eine Vielzahl

⁴⁹¹ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 31.

⁴⁹² Gesetz v. 14.3.1990 (BGBl. I, S. 478).

⁴⁹³ ERMAN/EDENFELD, BGB (2004), § 611 a Rn. 18; vgl. zu dieser Vorschrift auch ZWANZIGER, Verbot der Geschlechterdiskriminierung, in: DB 1998, S. 1330 ff.

⁴⁹⁴ EheschlRG v. 4.5.1998 (BGBl. I, S. 833).

⁴⁹⁵ LANGE, Schadensersatz (1990), S. 430.

von Ansätzen, die gesetzlich nur sehr beschränkt vorgesehene Ersatzpflicht für die Beeinträchtigung immaterieller Interessen auszuweiten. Das Bedürfnis nach Aufweichung der restriktiven gesetzlichen Regelungen hat dazu geführt, dass an verschiedensten Stellen durch Rechtsprechung und Gesetzgebung "geflickt" worden ist. Angesichts dieser Vorgehensweise ist es nicht verwunderlich, dass es an dogmatischer Begründung und damit auch an Transparenz der Rechtslage fehlte.⁴⁹⁶

D. Das Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften

Das am 1. August 2002 in Kraft getretene Zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften⁴⁹⁷ nahm diese Situation zum Anlass und verfolgt das Ziel, die entstandenen und nicht durch richterliche Auslegung und Rechtsfortbildung aufgefangenen Haftungslücken und Gerechtigkeitsdefizite zu beseitigen.⁴⁹⁸ Es hat zahlreiche Neuerungen und Modifikationen schadensersatzrechtlicher Regelungen in den verschiedensten Bereichen mit sich gebracht. Unter anderem wurde ein allgemeiner Anspruch auf Schmerzensgeld bei Verletzungen von Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexueller Selbstbestimmung eingeführt, der nicht mehr nur bei verschuldensabhängiger Deliktshaftung, sondern ebenso in Fällen verschuldensunabhängiger außervertraglicher Haftung einschließlich Gefährdungshaftung sowie bei Vertragshaftung eingreift. Hierzu wurde § 847 BGB gestrichen und § 253 BGB entsprechend um einen zweiten Absatz erweitert⁴⁹⁹. Diese Grundsatzentscheidung wurde durch entsprechende Änderungen zahlreicher sondergesetzlicher Schadensersatzregelungen konkretisiert, in denen nunmehr ausdrücklich klargelegt ist, dass bei Vorliegen der Haftungsvoraussetzungen auch wegen eines

⁴⁹⁶ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 31.

⁴⁹⁷ BT-Drucks. 14/8780.

⁴⁹⁸ BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, S. 11.

⁴⁹⁹ Art. 2 Nr. 2 b und Nr. 7 des Zweiten Schadensersatzrechtsänderungsgesetzes (BT-Drucks. 14/8780).

Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, Schadensersatz in Geld verlangt werden kann⁵⁰⁰.

§ 253 Abs. 2 Satz 2 BGB regelt das Recht des Schadensersatzes für immaterielle Schäden grundlegend neu. Schmerzensgeld wird nicht mehr nur ausnahmsweise aufgrund besonderer gesetzlicher Anordnung, sondern bei Verletzung bestimmter Rechtsgüter und Interessen grundsätzlich geschuldet. Dementsprechend wurden die Vorschriften über das Schmerzensgeld als Teil des allgemeinen Schadensersatzrechts in die §§ 249 ff. BGB integriert und die Sondervorschrift des § 847, die bislang *sedes materiae* war, aufgehoben. In der Gesetzesbegründung wird darauf hingewiesen, dass es aus der Sicht des Verletzten unverständlich sei, wann bei ein und derselben Verletzung der immaterielle Schaden nach dem Haftungsgrund durch die Gewährung von Schmerzensgeld ausgeglichen werde oder nicht.⁵⁰¹

Der durch Art. 2 Nr. 2 b des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften ⁵⁰² neu eingefügte § 253 Abs. 2 BGB lautet:

"Ist wegen einer Verletzung des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der sexuellen Selbstbestimmung Schadensersatz zu leisten, kann auch wegen eines Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld gefordert werden."

Wenn mit § 253 Abs. 2 BGB im deutschen Recht erstmals ein umfassender Anspruch auf Schmerzensgeld eingeführt wird, so bezieht sich dies zu-

⁵⁰⁰ § 87 Satz 2 AMG, § 29 Abs. 2 AtomG, § 52 Abs. 2 BundesgrenzschutzG, § 20 des Gesetzes über die Abgeltung von Besatzungsschäden, § 32 Abs. 5 Satz 2 GenTG, § 6 Satz 2 HPfIG, § 36 Satz 2 LuftVG, § 8 Satz 2 ProdHaftG, § 11 Satz 2 StVG, § 13 Satz 2 UmweltHG; vgl. auch § 117 Abs. 1 BundesbergG, in dessen Einleitungssatz nunmehr nicht von "Vermögensschaden", sondern von "Schaden" die Rede ist. In diesen Zusammenhang gehört auch die Erweiterung des Tatbestandes der Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung (§ 825 BGB).

⁵⁰¹ BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, S. 14.

⁵⁰² BT-Drucks. 14/8780.

nächst nur auf den Umstand, dass Schmerzensgeld unabhängig vom Haftungsgrund gewährt wird. Nicht gemeint ist damit ein umfassender Ersatz sämtlicher immaterieller Schäden. Der § 253 Abs. 2 BGB nimmt sich vielmehr die bisherige Schmerzensgeldregelung des § 847 BGB a.F. zum Vorbild und knüpft den Ersatzanspruch an die Verletzung der Rechtsgüter Körper, Gesundheit, Freiheit oder sexuelle Selbstbestimmung.⁵⁰³

Anders als noch in der Entwurfsfassung aus dem Jahre 1998⁵⁰⁴ ist der Schmerzensgeldanspruch aus § 253 Abs. 2 BGB in der Beschlussfassung nicht mehr mit einer Bagatellschwelle versehen. Auf Vorschlag des Rechtsausschusses des Bundestages soll es der Rechtsprechung überlassen werden, die derzeit angenommene und auf die Fälle von Gefährdungs- und Vertragshaftung zu übertragende Bagatellschwelle fortzuentwickeln.⁵⁰⁵

Unter rechtspolitischem Blickwinkel betrachtet besonders auffällig ist die Tatsache, dass der Gesetzgeber auf die Aufnahme der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts als Anknüpfungspunkt für einen umfassenden Schmerzensgeldanspruch in § 253 Abs. 2 BGB verzichtet hat. Zwar gehen die Ansichten über Sinn und Unsinn einer gesetzlichen Regelung des Persönlichkeitsschutzes auseinander: Während teilweise jegliche Zweifel an der Regelungsbedürftigkeit des Persönlichkeitsschutzes verneint werden,⁵⁰⁶ wird andererseits auch die Auffassung vertreten, die Fragen des Persönlichkeitsschutzes seien "in den Händen der Judikatur

⁵⁰³ Zu den ökonomischen Auswirkungen der Ausdehnung der Haftung für immaterielle Schäden vgl. **RIEDEL**, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 49 f.

⁵⁰⁴ BT-Drucks. 13/10435. oder BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, S. 6.

⁵⁰⁵ BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, S. 20.

⁵⁰⁶ **DIEDERICHSEN**, Neuordnung des Schuldrechts, in: AcP 182 (1982), S. 111; **HOHLOCH**, Gutachten (1981), S. 382, 434 f.; abgeschwächt spricht **LÖWE** von der Erwartung, das Regelungsversuchen Erfolg beschieden sein würde (Prävention (2000), S. 34 f.).

besser aufgehoben".⁵⁰⁷ Feststellen lässt sich allerdings, dass die Entwicklung, die der Persönlichkeitsschutz in der Rechtsprechung seit den *Caroline*-Urteilen genommen hat, vom Schrifttum und von der Öffentlichkeit⁵⁰⁸ besonders kritisch begleitet worden ist. Der BGH hat mit diesen Urteilen die Höhe der Geldentschädigung als Folge von Persönlichkeitsrechtsverletzungen erheblich ausgedehnt, im ersten *Caroline*-Fall setzte das OLG Hamburg beispielsweise den zu zahlenden Betrag von DM 30.000,- aufgrund der Entscheidung des BGH auf einen Betrag von DM 180.000,- herauf.⁵⁰⁹ Hierin sahen eine Vielzahl von kritischen Stimmen Wertungswidersprüche zu den aufgrund von § 847 BGB a.F. gezahlten Schmerzensgeldern.⁵¹⁰ Auch das BVerfG hatte bereits Gelegenheit, zu diesem Thema Stellung zu nehmen.⁵¹¹ Zugrunde lag eine Verfassungsbeschwerde zweier Eltern, die ihre drei Kinder bei einem tragischen Verkehrsunfall verloren hatten und eine Verletzung des allgemeinen Gleichheitssatzes des Art. 3 Abs. 1 GG darin sahen, dass ihnen ein Schmerzensgeld von jeweils € 30.000,- zugesprochen worden war,⁵¹² während von der neueren Rechtsprechung bei Persönlichkeitsrechtverletzungen sehr viel höhere Beträge zuerkannt worden sind. Das BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen und dies damit begründet, dass zwischen den verglichenen Fallkonstellationen sachliche

⁵⁰⁷ V. CAEMMERER, Persönlichkeitsschutz, in: FS Hippel (1967), S. 27, 33; ähnlich auch SCHWERTNER, Persönlichkeitsschutz, in: JuS 1978, S. 299 re. Sp. a.E., der befürchtet, dass "der Gesetzgeber insoweit mehr zerstört als konsolidiert".

⁵⁰⁸ vgl. FAZ v. 26.5.2000, Nr. 122, S. 1; SZ v. 26.5.2000, S. 7.

⁵⁰⁹ BGHZ 128, 1, 5; OLG Hamburg, NJW 1996, S. 2870, 2871.

⁵¹⁰ CANARIS, Gewinnabschöpfung (1999), S. 85, 106 ff.; DÄUBLER, Schadensrecht, in: NJW 1999, S. 1611 f.; GOUNALAKIS, Persönlichkeitsschutz, in: AfP 1998, S. 24/25; SEITZ, Prinz und Prinzessin, in: NJW 1996, S. 2848 f.; ausführlich hierzu WAGNER, Prominente und Normalbürger, in: VersR 2000, S. 1305 ff. der u.a. folgende Beispiel unverhältnismäßig geringen Schmerzensgeldes bei Körperverletzungen nennt: In einem Fall einer besonders brutalen Vergewaltigung hat das OLG Koblenz (NJW 1999, S. 1639) ein Schmerzensgeld in Höhe von DM 40.000,-, im Fall des sexuellen Missbrauchs eines Kindes mit daraus resultierenden massiven Verhaltensauffälligkeiten (NJW 1999, S. 1640) DM 20.000,- als angemessen erachtet.

⁵¹¹ BVerfG, VersR 2000, S. 897 f.

⁵¹² OLG Nürnberg, NZV 1996, S. 367.

Unterschiede bestünden, die eine unterschiedliche Behandlung verfassungsrechtlich rechtfertigten.⁵¹³

Die mit Schlagworten wie "Prominenzjudikatur"⁵¹⁴ und "Prinzenrecht"⁵¹⁵ geübte Kritik an der Rechtsprechung des BGH bezieht sich weniger auf das Ergebnis als auf die vom BGH als Begründung angegebene besondere Bedeutung der Genugtuungs- und Präventionsfunktion der Geldentschädigung und deren Selbstständigkeit gegenüber dem Schmerzensgeld aus § 847 BGB a.F.⁵¹⁶ In der Literatur sind andere Konzepte für Geldentschädigungen bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen entwickelt worden.⁵¹⁷

Der Gesetzgeber des § 253 BGB hat die Chance nicht genutzt, mit einer Regelung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes die Transparenz der Rechtslage zu verbessern und dadurch eine größere Akzeptanz zu erreichen.⁵¹⁸ Dies ist insbesondere auch nicht mit der im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verfolgten Politik der Regelung bisher ungeschriebener Rechtsinstitute vereinbar.⁵¹⁹ Begründet wird dies damit, dass die bloße Anordnung einer Geldentschädigung als Rechtsfolge einer Persönlichkeitsverletzung zu kurz gehen würde, erforderlich wäre dagegen für diesen Fall eine "ausdrückliche und umfassende Regelung des zivilrechtlichen Schutzes des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", welche im Zu-

⁵¹³ BVerfG, VersR 2000, S. 898.

⁵¹⁴ GOUNALAKIS, , Persönlichkeitsschutz, in: AfP 1998, S. 24 re. Sp.

⁵¹⁵ GOUNALAKIS, , Persönlichkeitsschutz, in: AfP 1998, S. 24 re. Sp.

⁵¹⁶ BGHZ 128, 1, 15.

⁵¹⁷ CANARIS, Gewinnabschöpfung (1999), S. 85 ff.; ULLMANN, Persönlichkeitsrecht in Lizenz?, in: AfP 1999, S. 209 ff.; WAGNER, Prominente und Normalbürger, in: VersR 2000, S. 1305 ff.;

⁵¹⁸ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 51/52; a.A.: DAUNER-LIEB/HUBER, Anwaltkommentar (2002), § 253 Rn. 63 und KARCZEWSKI, Referentenentwurf, in: VersR 2001, S. 1070, 1072, die meinen, der Umstand, dass das allgemeine Persönlichkeitsrecht in § 253 Abs. 2 BGB nicht aufgeführt sei, sei "unschädlich". Die Rechtsprechung habe auch bisher einen Weg gefunden, um zu angemessenen Ergebnissen zu gelangen.

⁵¹⁹ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 52; so auch die Auffassung des Bundesrats in seiner Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf: "ohne die Einbeziehung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts bleibt die Änderung des § 253 BGB ein Stückwerk" (BT-Drucks. 14/7752, S. 49). Der Vorschlag des Bundesrats geht allerdings dahin, die Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen in § 847 BGB a.F. zu verankern und damit auf das Deliktsrecht zu begrenzen.

sammenhang mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften nicht geleistet werden könne.⁵²⁰

Neben dem oben genannten Ziel, Haftungslücken und Gerechtigkeitsdefizite zu beseitigen, werden als weitere Motive für die Neuregelung des Schmerzensgeldrechts neben dem Gleichlauf vertraglicher, deliktischer und Gefährdungshaftung der verbesserte Opferschutz sowie die Angleichung an die Europäischen Nachbarrechtsordnungen, die bei der Gefährdungshaftung überwiegend Schmerzensgeldansprüche vorsehen, angeführt. Insbesondere der Blick auf Europäische Nachbarrechtsordnungen ist begrüßenswert. Nationale Reformen sollten im Zeitalter der Europäischen Einigung mit dem Ziel der Schaffung eines Europäischen Rechtsraums nicht ohne Berücksichtigung der Nachbarrechtsordnungen durchgeführt werden, sondern zu einer Annäherung der nationalen Rechtsordnungen beitragen und eine weitere Rechtszersplitterung verhindern. Schließlich weist die Regierungsbegründung darauf hin, dass die Neuregelung eine Rationalisierung gerichtlicher Verfahren mit sich bringe. Die bisher vorgesehene Beschränkung des Schmerzensgeldes auf deliktische Ansprüche habe dazu geführt, dass die Gerichte bei Körperschäden neben der Verwirklichung eines Gefährdungstatbestandes zusätzlich das Vorliegen deliktischer Ansprüche prüfen mussten, um das Bestehen eines Schmerzensgeldanspruches beurteilen zu können. Dadurch sei das Ziel der Gefährdungstatbestände verfehlt worden, für einen raschen Schadensausgleich auf der Grundlage einer objektiven Risikozuweisung zu sorgen.⁵²¹

Ohne besonderen Hinweis wird in der Gesetzesänderung darauf verzichtet, ein Schmerzensgeld für die Fälle der Tötung eines nahen Angehörigen einzuführen. Ein rechtspolitisches Bedürfnis für einen solchen Entschädigungsanspruch wird in der Literatur insbesondere unter Hin-

⁵²⁰ BT-Drucks. 14/7752 v. 7.12.2001, S. 25.

⁵²¹ CAHN, Schadensersatzrecht (2003), Rn. 128.

weis auf entsprechende Regelungen in einer Reihe von ausländischen Rechtsordnungen diskutiert.⁵²² Die Tatsache, dass die Angleichung an die Nachbarrechtsordnungen im Hinblick auf die Schmerzensgeldregelungen ausdrückliche Zielsetzung des Gesetzesentwurfs ist, hätte einen Anlass zur Diskussion dieses Themas gegeben.⁵²³ In abgeschwächter Form wird allerdings schon nach der bisherigen Rechtslage ein solches Schmerzensgeld gewährt, wenn der durch den Verlust einer Person ausgelöste seelische Schmerz mit einer medizinisch diagnostizierbaren Körper- oder Gesundheitsverletzung des Angehörigen verbunden ist, so genannter *Schockschaden*.⁵²⁴

Mit der Gesetzesänderung ist nach alledem keine revolutionäre Neuordnung des Schmerzensgeldrechts verbunden. Es handelt sich nicht um einen "großen Wurf".⁵²⁵

⁵²² DEUTSCH, Haftungsrecht (1996), S. 577 f.; HACKS, Schmerzensgeld, in: NJW 1975, S. 1450, 1452; KÖTZ, Reform der Schmerzensgeldhaftung (1978), S. 389, 406 ff.; MÜLLER, Gefährdungshaftung, in: VersR 1995, S. 489, 494; NIXDORF, Schmerzensgeld, in: NZV 1996, S. 94; ODERSKY, Schmerzensgeld (1989), S. 19 ff.; STAUDINGER/SCHÄFER, BGB (1986), § 847 Rn. 38; STEFFEN, Aushilfsaufgaben des Schmerzensgeldes (1996), S. 723, 730/731; STOLL, Gutachten (1964), S. 145 ff.

⁵²³ DAUNER-LIEB/HUBER, Anwaltskommentar (2002), § 253 Rn. 33 f.; SCHEFFEN, Bemessung des Schmerzensgeldes, in: ZRP 1999, S. 189, 193.

⁵²⁴ BGHZ 56, 163 ff.

⁵²⁵ RIEDEL, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003), S. 53.

Kapitel 4: Schlussbemerkungen

Die Beleuchtung der beiden Entscheidungen *Eisenwerk Kaiserslautern* gegen *Wilhelm* und *Henle* sowie *Steup* gegen *Kolb* jeweils aus dem Jahre 1882 zeigt, dass der II. und III. Zivilsenat des Reichsgerichts im Vorfeld des BGB von 1900 bedeutende Argumente in den Ring warfen, in dem der Kampf um eine vernünftige Handhabung des Schmerzensgeldes ausgetragen wurde.

Die den beiden Urteilen zugrunde liegenden Lebenssachverhalte scheinen beliebig austauschbar und spielten nur eine untergeordnete Rolle.

Gegenüber dem übergeordneten Bestreben, nicht nur die richtige Lösung des zur Entscheidung vorliegenden Falles zu erarbeiten, sondern auch losgelöst von diesem den Vätern des BGB rechtspolitische Denkanstöße zu geben und so das Recht mitzugestalten, treten auch die von den Senaten angewendeten Rechtsgrundlagen in den Hintergrund.

Der Erfolg der Bemühungen der beiden Senate wie auch der übrigen damaligen Praxis und Lehre blieb jedoch weitgehend aus; nur halbherzig wurde ein Teil der umkämpften Aspekte rund um den Ersatz immaterieller Schäden in Gesetzesform gegossen.

Auch 2002 hat es der Gesetzgeber, wie schon mehr als 100 Jahre zuvor, versäumt, mit dem Zweiten Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften die Bedürfnisse der Praxis nach einem flexiblen, aber dennoch klaren Schmerzensgeldtatbestand zu befriedigen. Noch immer herrscht mit den mahnenden Worten des II. Senats aus dem Jahre 1882 der "Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung".

Das geltende Recht lässt detaillierte Regelungen vermissen, konnte sich aber auf der anderen Seite auch nicht dazu durchringen, sich auf eine Generalklausel zu beschränken und den Ersatz von Nichtvermögensschäden ähnlich wie damals im gemeinen Recht vollends der den jeweiligen

Verhältnissen angemessenen Ausgestaltung durch die Rechtsprechung zu überlassen.

Der Gesetzgeber hat also sowohl 1900 als auch 2002 einen Mittelweg beschritten, der im vergangenen Jahrhundert bereits zum Irrgarten wurde, und von dessen geringfügiger Verbreiterung, die er 2002 erfahren hat, auch weiterhin einerseits keine Vorgabe der Marschrichtung zu erwarten ist, der andererseits aber auch keine selbständige Routenplanung zulässt.

Anhang: Materialien

I. Zum Urteil des II. Senats vom 27. Juni 1882 in der Eisenwerk Kaiserslautern gegen Wilhelm und Henle

1. Faksimile der Urteils-Abschrift

unvollständig

116.

Im Namen des Reichs.

Der Kaiser hat zu Kaiserslautern unter der Form „Gesamtheit
Kaiserslautern“ beauftragten Altianzpflicht, repräsentiert durch
Erster Präsident Karl Euler in Kaiserslautern, Richter
und Richterpräsident, unter dem Vorsitz des Justizrat Mecke,

Johann Wilhelm, Wirt, und dessen Sohn Heinrich Henle,
beide in Kaiserslautern wohnhaft, Kläger und Revisionsbeteiligte, von
denen der Justizrat Dr. Liortzel.

hat das Reichsgericht, Justizrat Louis. Komat, auf die mündliche Verhandlung
vom 27. Juni 1882 unter Mitwirkung:

des Präsidenten Dr. Ringner
und des Reichsgerichtsrats Dr. Werner, von Gmelin, Reiger,
Wulfer, Dr. Treier und Luer.

sind Recht erkannt:

Das Urteil des ersten Instanz des Königlich Preussischen Oberlandesgerichts
zu Koblenz vom 10. Februar 1882 wird aufgehoben und die Sache
zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesge-
richt zu Koblenz verwiesen. Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsver-
fahrens wird dem Erstinstanz überlassen.

Der Reichstag.

Verhandlung.

Der Altianzpflicht, Gesamtheit Kaiserslautern, ist bekannt, dass
unter dem Namen der Haarbriekerei das von dem Reichsgericht
Gottfrieds über die Mosel in der Nähe von Blettingen abgenommen.
Nachdem die Lücke festgelegt worden, hat die Gesellschaft mit einem ge-
wissen Legras die Abnahme begonnen, hat das Reichsgericht (le mor-
tage) der Lücke gegen eine Pfandsumme abgenommen.

Der

— 2. —

Der Nachtrag ist gegeben:

„ Pour la surveillance de travaux le sieur Legras aura un
„ ingenieur de l'établissement (Eisenwerk), qui lui donnera de
„ renseignements nécessaires, et qui fera la correspondance.
„ Le sieur Legras acceptera deux ouvriers de l'établissement.
„ Les ouvriers devront travailler au montage et faire ce que
„ sieur Legras leur commandera. Ils recevront par jour
„ 4 Mars.

Der Nachtrag ist gegeben: 2 Arbeiter, darunter ein 19-jähriger
Knecht Wilhelm, Sohn des jetzigen Positionsbekleideten, von Eisenwerk
gekauft und unter Aufsicht des Legras gestellt, dessen Arbeit er unter
Aufsicht des noch im Besitz von Eisenwerk selbst gestellt werden.

Nach dem Nachtrag werden zwei Arbeiter, die hiebei aufgeführt
„ monteur“ bezeichnet werden, persönlich Monteur-Arbeitskräfte gestellt,
nachvollziehbar Arbeit werden gemäß den Vorschriften werden.

Am 22. August 1879 kaufte der Herr Wilhelm als Arbeiter in
unteren Yala und in der Aufstellung beyeffenen Gitterwerke und von
einer ein für allemal als Arbeiter, einen sogenannten „Tisch“, dessen
von Kopf gearbeitet, dass es bald darauf steht.

Ende des Jahres 1879 kaufte der Herr als Arbeiter Klein gegen
pagte Abrechnungsfall für den Ländersystem zu Kaiserlautern, in
für als Kopf des Herrn die Ländersystem des Herrn gegen den Herrn
den Herrn von 10000 Mk. vorzulegen. Die meisten gelten, dass die
Nachschickung des Legras der Unfall wurde, dass er in der Lage
für den Kopf Nachschickung eingeleitet sein.

Der Aufsicht von 18. Februar 1880 wurde der Ländersystem
auf den der angabenen Ländersystem.

Nachdem die Ländersystem-Montagen nicht ab 1. Juli 18
Ländersystem, sind es als die Klein als eingeleitet ab 1. Juli 18
ab für alle Ländersystem des Legras werden, jedoch für unter
nachdem Ländersystem der Ländersystem für die Ländersystem des Legras
werden.

Gegenüber dem Unfall lag der Klein Ländersystem ein.

Der Ländersystem zu Zweibrücken wurde, dass in der Ländersystem
auf den Ländersystem des Unfall von 18. Februar 1882 der Ländersystem
an der Klein eine Ländersystem von 5000 Mk. mit dem von Ländersystem
Klein zu geben und zwar in der Ländersystem der Ländersystem.

„ Der Ländersystem der Ländersystem (Tisch) für Ländersystem
„ folgt, dass ein Ländersystem der Ländersystem eingeleitet werden.

c. sollen.

— 4. —

„aller Monarchen auf einer Summe von 5000 M. angewiesen
Gegenstand am 25^{ten} Januar 1882 eingestelltes Versteil lagte der Letz-
te am 14^{ten} Februar 1882 Revision ein.

Dieser Aufsicht der Obersten Landesregierung zu Mieretren vom 6. Mai
1882 wurde der Versteil der Reichsregierung vorgelegt.

Der die Verwaltung der Versteil beauftragte der Revision klärte
der angelegten Versteil einigefallen und der Revision genehmigt.

Der Revision beauftragte der Revision klärte

Gegenstand.

Wohlgemacht die Frage der Gültigkeit der Letzungen für den
der Versteil der Kommand Wilhelm vorgelegten Versteil unbekannt, so
kann in der bezüglichen Entscheidung eine Versteil von Reichs-
nicht gefunden werden.

Der Obersten Landesregierung sollte schriftlich sagt, daß der Versteil, nach
der Letzungen ist der Obersten Landesregierung Legas beizugeben, in dem
der vorgelegte Kommand Wilhelm, nach wie und in dem Versteil
bleiben sein und daß der Legas beizugeben, um ist der
Legas der Versteil über der Versteil zu setzen, damit der Versteil
übernehmen der Versteil (Versteilung der Versteil), nach der Versteil
nicht ganz sein und der Versteil geben wollen, nach wie und in dem
Versteil der Versteil folgen, al der Legas der Versteil der Versteil
als Versteil der Letzungen in dem der Versteil 1884 Code civil
beizugeben, um der Letzungen der Versteil für den Versteil der Versteil
sagt, so ist der Versteil der Versteil nicht zu werden. Der Versteil
Letzungen sagt der Versteil der Versteil der Versteil der Versteil
Versteil 1884 a. v. O. als Versteil 82 der Versteil der Versteil, in dem
Versteil der Versteil als zum Versteil der Versteil der Versteil
zu werden.

Reichsregierung auf einer Summe von 5000 M. angewiesen
Gegenstand am 25^{ten} Januar 1882 eingestelltes Versteil lagte der Letz-
te am 14^{ten} Februar 1882 Revision ein.

Reichsregierung auf einer Summe von 5000 M. angewiesen
Gegenstand am 25^{ten} Januar 1882 eingestelltes Versteil lagte der Letz-
te am 14^{ten} Februar 1882 Revision ein.

(als)

als dem Willen des Gesetzgebers entgegen nicht anerkannt werden.

Es befaßt kein Gesetz, entgegen, daß das Gesetz in dem bezeichneten Bestimmungen unter dem Worte "etwa" nicht aufzuheben sein, als in dem Artikel 1246 fgl., das heißt die Absetzung von Vermögensgegenständen, Sanierung materieller Befunde, das heißt ist, in Folge von gesetzlicher und durch Gesetz gesetzlich zu werden.

Der Grundsatz können durch Einschränkungen, Abänderungen und Ergänzungen eines materiellen Befundes zu Folge sein, das die Richter berücksichtigen muß, von dem die Bestimmtheit der Befestigung von Gesetzen bilden können, allein das Gesetz eines Gesetzes bleibt mit Rücksicht darauf, daß Befunde anerkannt, das Gesetzlich zu werden ist, werden sich nicht als ein vom Gesetz gebilligtes Gesetzlich zu werden; sondern als ein vom Privatrecht, das beim Abzug eines begünstigten Gesetzgebung als Maßstab nicht anerkannt werden kann.

Der Grundsatz der Befundensatzung in einem bestimmten Falle auf irgend einen Rechtsanspruch beruht, sondern die Befestigung aufzuheben und die Befunde, welche zum Befundensatzung nicht aufzuheben, in der zweiten Befestigung zu werden.

ggz. Dr. Ringner. Dr. Wernke. von Gmelin. Rüger.
Wulfert. Dr. Dreyer. Laer.

Abgeordnet in der öffentlichen Sitzung des Justizministeriums am 27. Juni 1882.

ggz. Käge, Obersekretär,
als Geschäftsverwalter.

II. Nr. 276/1882.

Von dem Justizministerium.
5000 N.

2. Transkription der Urteils-Abschrift

Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen der zu Kaiserslautern unter der Firma "Eisenwerk Kaiserslautern" bestehenden Aktiengesellschaft, repräsentiert durch ihren Direktor Friedrich Karl Euler in Kaiserslautern wohnhaft, Beklagten und Revisionsklägerin, vertreten durch Justizrath Mecke,

wider

Peter Wilhelm, Werkführer, und dessen Ehefrau Friederike Henle, beide in Kaiserslautern wohnhaft, Kläger und Revisionsbeklagte, vertreten durch Justizrath Dr. Lüntzel,

hat das Reichsgericht, Zweiter Civil-Senat, auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 1882 unter Mitwirkung:

des Präsidenten Dr. Bingner

und der Reichsgerichtsräthe Dr. Wernz, von Gmelin, Rüger, Wulfert, Dr. Dreyer und Iser,

für Recht erkannt:

das Urtheil des ersten Civilsenats des königlich bayerischen Oberlandesgerichts zu Zweibrücken vom 10. Januar 1882 wird aufgehoben und die Sache zur weiteren Verhandlung und Entscheidung an besagtes Oberlandesgericht zurückverwiesen; die Entscheidung über die Kosten des Revisionsverfahrens wird dem Endurtheile vorbehalten.

Von Rechts Wegen.

Thatbestand.

Die Aktiengesellschaft "Eisenwerk Kaiserslautern" hatte durch einen Vertrag mit der Saarbrückener Bahn den Bau und die Aufstellung einer Gitterbrücke über die Mosel in der Höhe von Blettingen übernommen.

Nachdem die Brücke fertiggestellt war, traf die Gesellschaft mit einem gewissen Legras das Übereinkommen, daß dieser die Aufstellung (le montage) der Brücke gegen eine Pauschsumme übernehme.

Im Verträge ist gesagt:

"Pour la surveillance de travaux le sieur Legras aura un ingénieur de l'établissement (Eisenwerk), qui lui donnera de renseignements nécessaires, et qui fera la correspondance."

"Le sieur Legras acceptera deux ouvriers de l'établissement. Les ouvriers devront travailler au montage et faire ce que sieur Legras leurs commandera. Ils recevront par jours 4 Marcs."

Im Vollzug dieses Vertrages wurden zwei Arbeiter, darunter der 19jährige Konrad Wilhelm, Sohn der jetzigen Revisionsbeklagten, vom Eisenwerk abgeordnet und unter Befehl des Legras gestellt, denen außer dem vertragsmäßigen Lohn noch ein Zuschuß vom Eisenwerk selbst gezahlt wurde.

Nach dem Verträge wurden ferner dem Legras, der darin mehrfach als "monteur" bezeichnet wurde, sämtliche Werkgeräthschaften gestellt, die nach vollendeter Arbeit wieder zurückzuerstatten waren.

Am 22. August 1879 befand sich Konrad Wilhelm als Arbeiter am unteren Theile der in der Aufstellung begriffenen Gitterbrücke und wurde durch ein herabfallendes Werkstück, einen sogenannten "Türck", so schwer am Kopfe getroffen, daß er bald darauf starb.

Ende des Jahres 1879 erhoben die Eltern des Getötheten Klage gegen besagte Aktiengesellschaft vor dem Landgerichte zu Kaiserslautern, in der sie als Ersatz des durch die Töthung ihres Sohnes ihnen zugefügten Schadens die Summe von 10000 M. verlangten. Sie machten geltend, daß durch das Verschulden des Legras der Unfall verursacht worden sei und die Beklagte für dieses Verschulden einzustehen habe.

Durch Beschluß vom 12. Februar 1880 ordnete das Landgericht die Einvernahme der angebotenen Beweise an.

Nachdem die Beweiserhebung stattgefunden erließ es am 1. Juli 1881 das Endurtheil, durch welches es die Klage als unzulässig abwies, annehmend es sei allerdings ein Verschulden des Legras erwiesen, jedoch sei unter den obwaltenden Umständen die Beklagte für die Handlungen des Legras nicht verantwortlich.

Gegen dieses Urtheil legten die Kläger Berufung ein.

Das Oberlandesgericht zu Zweibrücken verurtheilte unter Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils durch Urtheil vom 10. Januar 1882 die Beklagte dazu, an die Kläger eine Entschädigung von 5000 M. mit Zinsen vom Tage der Klage zu zahlen und zwar im Wesentlichen aus folgenden Gründen:

"Das Herabstürzen des fraglichen Werkstückes (Türck) sei dadurch erfolgt, daß ein Versteifungsstück an einer Vertikale eingefügt werden sollte, zu welchem Zwecke auf Geheiß des Legras ein Arbeiter das Versteifungsstück eingetrieben habe, wobei übersehen worden sei, daß infolgedessen der "Türck" sich lösen und herabfallen mußte. Diese Arbeit sei vorgenommen worden, ohne vorher nachzusehen, ob Jemand unter der Halle sich befinde, auch seien keine Vorkehrungen getroffen worden, um das Herabfallen zu verhindern. Es könne demnach kein Zweifel bestehen, daß der Unfall durch die Unvorsichtigkeit des Legras verursacht worden sei und frage sich nun, ob die Beklagte für diesen hafte."

"Wie Legras ausgesagt, sei er von Gewerbe nur Schlosser (maitre serrurier) und möge dieser Umstand, in Verbindung mit der Wichtigkeit der Arbeit, Grund gewesen sein, daß die Beklagte bedacht war, die Leitung nicht ganz aus der Hand zu geben, indem sie einen Ingenieur aufstellte, um die Arbeiten zu überwachen und zwei ihrer besten Arbeiter unter Befehl des Legras stellte."

"Allerdings habe Legras den Brückenbau à forfait übernommen und zu diesem Zwecke selbständig Arbeiter in Lohn genommen, welchen gegenüber er nicht préposé der Aktiengesellschaft gewesen, also eine Haftung derselben ausgeschlossen sei."

"Anders verhalte es sich aber mit den von der Beklagten beigegebenen Arbeitern, welche nach wie vor im Dienste derselben geblieben seien."

"Bezüglich dieser Arbeiter sei nicht Legras, sondern die Beklagte commettant gewesen und dadurch, daß sie unter die Befehle des Legras gestellt worden seien, sei ihnen gegenüber Legras préposé der Beklagten geworden. Legras sei bezüglich der Arbeiten, welche die Beklagte durch besagte Arbeiter habe verrichtet wissen wollen, gleichsam an die Stelle der Beklagten getreten, welche ihm ihre aus dem Dienstvertrage entspringenden Befugnisse übertragen habe."

"An der Haftung der Beklagten könne selbstverständlich die im Vertrage enthaltene Klausel der Entbindung von aller Haftung nichts ändern."

"Was die Entschädigung betreffe, so habe der Getöthete von seinem durchschnittlichen Verdienst von 2-3 M. den Tag den größten Theil seinem Vater überlassen, und wenn dieser auch als Werkführer einen Jahresgehalt beziehe und einige Liegenschaften besitze, so erleide er doch immerhin einen Schaden, der bei abnehmender Arbeitskraft noch empfindlicher werden könne."

"Außerdem enthalte der Verlust eines einzigen Sohnes unter allen Umständen einen moralischen Schaden. Bei Zusammenfügung aller Momente erscheine eine Summe von 5000 M. angemessen."

Gegen dieses am 25. Januar 1882 zugestellte Urtheil legte die Beklagte am 14. Februar 1882 Revision ein.

Durch Beschluß des obersten Landesgerichts zu München vom 6. März 1882 wurde die Sache vor das Reichsgericht verwiesen.

Bei der Verhandlung der Sache beantragte die Revisionsklägerin, das angefochtene Urtheil aufzuheben und die Berufung zurückzuweisen.

Die Revisionsbeklagten beantragten Zurückweisung der Revision.

Gründe.

Was zunächst die Frage der Haftbarkeit der Beklagten für den durch die Töthung des Konrad Wilhelm verursachten Schaden anbelangt, so kann in

der bezüglich der Entscheidung eine Verletzung von Rechtsnormen nicht gefunden werden.

Das Oberlandesgericht stellt thatsächlich fest, daß die Arbeiter, welche die Beklagte ihrem Unterakkordanten Legras beigegeben habe, warum der Verunglückte Konrad Wilhelm nach wie vor in ihrem Dienste verblieben seien und daß sie den Legras beauftragt habe, an ihrer Stelle Befehl und Aufsicht über diese Arbeiter zu führen, damit die von ihm übernommene Arbeit (Aufstellung der Gitterbrücke), deren Leitung sie nicht ganz habe aus der Hand geben wollen, sachgemäß ausgeführt wurde. Wenn daßelbe hieraus folgte, es sei Legras diesen Arbeitern gegenüber als *préposé* der Beklagten im Sinne des Artikels 1384 Code Civil zu betrachten, und sei letztere danach für den in Frage stehenden Unfall haftbar, so ist ein Rechtsirrthum hierin nicht zu erblicken. Die Haftung der Beklagten ergab sich dieser thatsächlichen Feststellung gemäß sowohl aus Artikel 1384 a.a.O. als aus § 2 des Reichshaftpflichtgesetzes, insofern die Aufstellung der Brücke als zum Fabrikbetriebe der Beklagten gehörig zu erachten war. Rechtsirrthümlich erscheinen jedoch die Erwägungen, welche sich auf die Schadensfestsetzung beziehen, insofern das Oberlandesgericht auch den moralischen Schaden, der in dem Verluste eines einzigen Sohnes bestehe, als maßgebend in Betracht zieht.

Richtig ist, daß sich in Doktrin und Praxis die Ansicht vertreten findet, es sei unter dem "Schaden", der nach Artikel 1382 und 1383 Code Civil im Falle einer widerrechtlichen Handlung zu ersetzen ist, auch der sogenannte moralische Schaden (*dommage moral*) d.h. der Schaden, der bloß in Verletzung von Gefühlen (Kränkung des Ehrgefühls, Erregung körperlicher oder psychischer Schmerzen) besteht, zu verstehen, allein diese Ansicht kann als dem Willen des Gesetzes entsprechend nicht erachtet werden.

Es besteht kein Grund, anzunehmen, daß das Gesetz in den bezeichneten Bestimmungen unter "dommage" etwas anderes verstanden habe, als in dem Artikel 1246 flgd., das heißt die Verletzung von Vermögens-

interessen, denjenigen materiellen Schaden, der fähig ist, in Geld angeschlagen und durch Geld ersetzt zu werden.

Ohne Zweifel können auch Ehrenkränkungen, Verleumdungen und dergleichen einen materiellen Schaden zur Folge haben, den der Richter berücksichtigen muß, ohne daß die Schwierigkeit der Schätzung ein Hinderniss bilden könnte; allein der Zuspruch einer Geldsumme bloß mit Rücksicht darauf, daß Schmerzen verursacht, das Ehrgefühl gekränkt worden ist, würde sich nicht als die vom Gesetze gewollte Entschädigung darstellen; sondern als eine reine Privatstrafe, die beim Mangel einer bezüglichen Gesetzesbestimmung als statthaft nicht erachtet werden kann. Da hiernach die Schadensfestsetzung in einem wesentlichen Theile auf irriger Rechtsansicht beruht, so war die Entscheidung aufzuheben und die Sache, welche zur Entscheidung nicht reif erscheint, in die zweite Instanz zurück zu verweisen.

gez: Dr. Bingner. Dr. Wernz. Von Gmelin. Rüger.

Wulfert. Dr. Dreyer. Iser.

Verkündet in der öffentlichen Sitzung des Zweiten Civil-Senats des Reichsgerichts vom 27. Juni 1882.

gez. Stäge, Obersekretär,
als Gerichtsschreiber.

II. № 276/1882.

Werth des Streitgegenstandes:

5000 M.

2.

unserer Elterngestaltung und von seinen 5 Kindern bewahrt worden,
verlor sein Wittwer den Verstand halbseitig. Auf Grund dieses
Erbschaftsverfalls hat die Wittwer das Kündigrecht der ungenutzten Pacht.
Habe angenommen, wegen mir Sammlung von Ballungen der
nicht erfolgt.

Ansprechend und herzlich.

Der Leinwandhändler hat als Leinwand angenommen, daß der Leinwandhändler am 1. März 1863 dem König mit einem Briefe einen Brief in der ersten Kammer vorgelegt, daß dabei die Leinwand verkauft und daß die Leinwandhändler in dem Leinwandhändler die Leinwand sind und daß im Februar 1863 vorgelegt und verkauft wurde. Weiter hat der Leinwandhändler angenommen, daß der Leinwandhändler in Folge dessen am 16. März 1863, Leinwandhändler mit großen Leinwandhändler und Leinwandhändler vorgelegt wurde, daß er vorgelegt vorgelegt ist in Leinwandhändler vorgelegt und vorgelegt vorgelegt vorgelegt ist.

[illegible][illegible]

4.

Herzöglich unerschrocken vertritt und trotz jeglicher Verhinderung
in vielfacher Beziehung selbst zu gewinnen.

Ich schreibe die Gründe der Verzögerung von 1863 von 1863 anbelangend
so gut als möglich, und zwar der Ursache und den abzuwendenden
Ursachen, anzuzeigen, daß länger zu demselben bezüglich der
selbstigen Verurteilung, daß es in länger Zeit vollständig einzuweisen
stallt sein werden und im nachfolgenden Fortschritt der Arbeit,
daß in einem bestimmten Punkt der Gegenwart zu demselben sein, sich
nicht vermeiden lassen. Von diesem herkömmlichen Verhältnis und es
wird die Entscheidung der vorliegenden Angelegenheit nicht zu demselben, daß
die vorliegende Verzögerung als ein solches Beispiel der Verzögerung
ist. Es ist diejenige, die bezüglich der dem Verzögerung nachfolgenden
Zeit, so ist, daß die Länge der Verzögerung nachfolgenden Zeit
betrifft, die davon zu vermeiden, daß die Verzögerung nachfolgenden
nicht wieder in Betracht kommen kann, und daß die Verzögerung
die Länge der Verzögerung nicht als ein solches Beispiel der Verzögerung
für die Verzögerung nicht ist.

zug: Dr. Henrici, von Streich, Kullmann, Meyer, Büff,
Staffow, Dr. Agricola.

Unstimuliert in offener Kiste bei 10 Grad, 1000 bis 1500
 Grad, vom 14. November 1882.

uzuz: Buckton, Cynwylth yfyrnibaw.

M. 321/1882.

Wurf des Haislingsumsatz: 5400 - 6700 H

2. Transkription der Urteils-Abschrift

Abschrift.

Im Namen des Reichs.

In Sachen des Landmanns Daniel Steup zu Stockhausen, Beklagten,
Revisionsklägers, vertreten durch den Justizrath Dr. Braun,

wider

den Bürgermeister a. D. Wilhelm Kolb zu Marienberg, jetzt dessen Witwe,
Kläger, Revisionsbeklagten, vertreten durch den Justizrath Fenner,
hat das Reichsgericht, Dritter Zivilsenat, auf die mündliche Verhandlung
vom 17. November 1882, unter Mitwirkung:

des Präsidenten Dr. Henrici und

der Reichsgerichtsräthe von Streich, Hullmann, Meyer, Buff,
Rassow, Dr. Agricola,

für Recht erkannt:

die gegen das Urtheil des ersten Zivilsenats des Königlich Preußischen
Oberlandesgerichts zu Frankfurt a/M. vom 13. März 1882 eingelegte
Revision wird zurückgewiesen; die Kosten der Revisionsinstanz werden
dem Revisionskläger auferlegt.

Von Rechts Wegen.

Thatbestand.

Gegen das den Beklagten verurtheilende Erkenntniß der vorigen
Instanz, auf dessen mündlich vorgetragenen Thatbestand hiermit Bezug
genommen wird, ist seitens des Beklagten Revision erhoben und beantragt
worden, das angefochtene Urtheil aufzuheben und das klagabweisende
Urtheil der ersten Instanz wiederherzustellen. Seitens der klägerischen
Partei ist um Zurückweisung der Revision gebeten worden.

Nach Erhebung der Revision ist der seitherige Kläger, Bürgermeister Kolb gestorben und von seinen fünf Kindern beerbt worden, während seine Witwe den Nachlass beleibzüchtigt. Aufgrund dieses Leibzuchtsrechts hat die Witwe des Klägers den gegenwärtigen Rechtsstreit aufgenommen, wogegen eine Einwendung von beklagter Seite nicht erfolgte.

Entscheidungsgründe.

Der Berufungsrichter hat als bewiesen angenommen, daß der Beklagte an Ostern 1862 dem Kläger mit einem Messer einen Stich in die rechte Wange versetzte, daß dabei die Klinge abbrach und daß das abgebrochene Stück in dem Backenknochen des Klägers blieb und erst im Februar 1878 ärztlich entdeckt und entfernt wurde. Weiter hat der vorige Richter angenommen, daß der Kläger in Folge dessen nahezu 16 Jahre lang krank, theilweise mit großen Schmerzen behaftet und häufig arbeitsunfähig gewesen ist, daß er vielfach ärztliche Hilfe in Anspruch nehmen mußte und auch an seinem Vermögen Schaden gelitten hat.

Dies sind thatsächliche Feststellungen auf Grund der erhobenen Beweise, die in rechtlicher Beziehung ebenso wenig Bedenken erregen, als die vom Berufungsrichter daran geknüpfte Schlußfolgerung, daß der Beklagte nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes daraufhin verpflichtet sei, dem Kläger Ersatz seines positiven Schadens und seines entgangenen Gewinnes zu leisten, auch ihm ein den Verhältnissen angemessenes Schmerzensgeld zu entrichten.

Was die letztgedachte, vom Revisionskläger im besonderen angegriffene Entscheidung betrifft, so ist es eine in der heutigen gemeinrechtlichen Theorie und Praxis allgemein angenommene Ansicht, daß der durch ein Delict an seinem Körper Verletzte Anspruch auf ein Geldäquivalent für die durch die Verletzung erlittenen Schmerzen, ein sogenanntes Schmerzensgeld habe. Seine Begründung findet dieser Anspruch in einem gemeinen deutschen Gewohnheitsrecht, das, wie von Wächter in seiner Schrift über die Buße S. 77-85 des näheren ausgeführt

wird, seinen Ausgangspunkt von Artikel 20 und 21 der Carolina genommen, seit Carpzows Zeiten in der entschiedensten Weise sich ausgebildet und bis auf die neueste Zeit sich erhalten hat. Beweis für den heutigen Bestand dieser gewohnheitsrechtlichen Norm sind die in Seuffert's Archiv veröffentlichten Urtheile der verschiedensten deutschen Gerichtshöfe, welche bis auf eine, übrigens auf ganz unzulänglichen Gründen beruhende Ausnahme (zu vergl. Seuffert's Archiv Band 13 № 31) sämtlich dem Anspruch auf Schmerzensgeld praktische Folge gegeben haben. Auch die neueste gemeinrechtliche Doktrin ist, wenn auch nicht über die innere Natur, so doch über die fortdauernde Gültigkeit des Anspruchs beinahe vollständig einig. Desgleichen hat die Rechtsauffassung, welche zur Bildung des erwähnten Gewohnheitsrechtes geführt hat, auch in einer Reihe neuerer deutscher Gesetzgebungen Anerkennung gefunden, während der Umstand, daß andere deutsche Legislationen neuerdings sich veranlaßt gesehen haben, den Anspruch auf Schmerzensgeld ausdrücklich abzuschaffen, gerade zum Belege dafür dienen kann, daß man auch dort den Anspruch als bestehend angesehen hatte.

Als Geldäquivalent für die durch eine Verletzung erlittenen Schmerzen, in welcher Eigenschaft das sogenannte Schmerzensgeld gewohnheitsrechtlich sanctioniert worden ist, kann daßelbe nicht für eine Privatstrafe im technischen Sinne erklärt, sondern es muß, wie Wächter (...?) Seite 74-76 gegenüber von Windscheid Pandekten § 455 a. E. überzeugend darlegt, als ein civilrechtlicher Ersatzanspruch wegen widerrechtlich erlittener Schmerzen aufgefaßt werden.

Die Höhe der dem Verletzten zuzubilligenden Geldsumme richtet sich nach den Umständen des concreten Falles. Hier hat die Rücksicht auf Größe, Heftigkeit und Dauer der erlittenen Schmerzen das ausschlaggebende Moment zu bilden; das richterliche Ermessen ist aber bei Arbitrierung jener Summe keineswegs in der Weise beschränkt, daß es nicht höher gehen dürfte als bis zum Betrage der durch die Verletzung aufgelaufenen Kurkosten.

Von vorstehenden Gesichtspunkten aus ist in der Entscheidung des Berufungsrichters, welcher im Hinblick auf die überaus peinvollen und vieljährigen Nachwehen der klägerischen Verletzung eine Entschädigungssumme von 3000 M. ausgeworfen hat, kein Rechtsverstoß zu erkennen.

Bei den übrigen Positionen der Klage hat sich das Berufungsurtheil auf Zeugen und Sachverständige gestützt und danach mit Berücksichtigung der concreten Umstände den dem Kläger zuzuerkennenden Schadensersatz gewerthet. Es ist dies ein Verfahren, das nach Maßgabe des § 260 der Civilproceßordnung keinem Anstande unterliegt, auch um deswillen nicht, weil der vom Beklagten bezeichnete Beweis unerhoben geblieben ist. Denn nicht bloß hat der Richter bei Entscheidung über Schadensersatzansprüche kraft § 260 der Civilproceßordnung eine freiere Stellung, sofern hier seinem Ermessen überlassen ist, ob und inwieweit eine beantragte Beweisaufnahme anzuordnen sei, sondern es kommt noch hinzu, daß der Berufungsrichter in seinen Gründen auseinandersetzt, weshalb er die einzelnen Gegenbeweise vorbringen für thatsächlich unerheblich ansieht und daß gegen diese Auseinandersetzung in rechtlicher Beziehung Nichts zu erinnern ist.

Was schließlich die Einrede des Verzichts von 1862 oder 1863 anbelangt, so hat der vorige Richter "nach Lage der Sache und den obwaltenden Umständen" angenommen, daß Kläger zu demselben lediglich durch die falsche Voraussetzung, daß er in kurzer Zeit vollständig wiederhergestellt sein werde und im entschuldbaren Irrthum über die Thatsache, daß in seinem Backenknochen ein Gegenstand zurückgeblieben sei, sich habe veranlassen lassen. Von dieser thatsächlichen Feststellung aus ist auch die Conclusio des vorigen Richters nicht zu beanstanden, daß die fragliche Verzichtserklärung als eine Folge dieses Irrthums wirkungslos sei. Gilt dies jedenfalls bezüglich der dem Verzicht nachfolgenden Zeit, so ist, was die Kürze demselben vorausgegangene Zeitfrist betrifft, nur daran zu erinnern, daß der hierauf entfallende Betrag nicht weiter in Betracht kommen kann, nachdem der Berufungsrichter die

klägerische Forderung weit über den geforderten Betrag hinaus für begründet erklärt hat.

gez: Dr. Henrici, von Streich, Hullmann, Meyer, Buff, Raffow, Dr. Agricola.

Verkündet in öffentlicher Sitzung des Reichsgerichts, Dritten Civil-Senats, vom 17. November 1882.

gez: Kuehn, Gerichtsschreiber.

III. 321/1882.

Werth des Streitgegenstandes: 5400-6700 M.

4. Transkription des relevanten Teiles des Auszuges aus der Notizensammlung

1882.

b. Aus dem Dritten Civilsenat.

100

(...)

Nr. 157.

Sitzung vom 17. November 1882.

Aus gemeinem Recht steht dem durch ein Delikt Verletzten in Form eines civilrechtlichen Ersatzanspruchs, und nicht als Privatstrafe, eine Forderung auf ein Geldäquivalent wegen der durch die Verletzung erlittenen Schmerzen (sg. Schmerzensgeld) zu.

Referent: von Streich.

Literaturverzeichnis

- BARON, J.** Pandekten, 9. Aufl., Leipzig 1896
zitiert: **BARON**, Pandekten (1896)
- BEHAGHEL, Wilhelm** Das Badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon mit besonderer Rücksicht auf die Bedürfnisse der Praxis dargestellt, Band 1, 3. Aufl., Tauberbischofsheim 1891
zitiert: **BEHAGHEL**, Badisches Bürgerl. Recht, Bd. 1 (1891)
- BESELER, Georg** System des gemeinen deutschen Privatrechts, Erste Abtheilung, Allgemeiner Theil: Das gemeine Landrecht, 3. Aufl., Berlin 1873
zitiert: **BESELER**, Gemeines deutsches Privatrecht (1873)
- BESELER, Georg** Volksrecht und Juristenrecht, Leipzig 1843
zitiert: **BESELER**, Volksrecht (1843)
- BIESALSKI, Dieter** Grundzüge der Deliktshaftung nach Artikel 1382, 1383 des Code Civil im französischen Recht, Mannheim 1975
zitiert: **BIESALSKI**, Deliktshaftung nach Art. 1382, 1383 CC (1975)

- BINDING, Karl** Die Normen und ihre Übertretung, Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, 1. Bd.: Normen und Strafgesetze, 4. Aufl., Leipzig 1922, Nachdruck: Aalen 1965
zitiert: **BINDING**, Normen (1922)
- BOCKSCH, Hugo** Die rechtliche Natur der gemeinrechtlichen Schmerzensgeldklage, Erlanger Dissertation, 1898
zitiert: **BOCKSCH**, Schmerzensgeldklage (1898)
- BOEHMER, Gustav** Der Einfluß des Code Civil auf die Rechtsentwicklung in Deutschland
in: AcP 151 (1950/51), S. 289-310
zitiert: **BOEHMER**, Einfluß des Code Civil (1950)
- BÖTTICHER, Eduard** Die Einschränkung des Ersatzes immateriellen Schadens und der Genugtuungsanspruch wegen Persönlichkeitsminderung
in: MDR 1963, S. 353-360
zitiert: **BÖTTICHER**, Ersatz immateriellen Schadens, in: MDR 1963
- BÖTTICHER, Eduard** Zur Ausrichtung der Sanktion nach dem Schutzzweck der verletzten Privatrechtsnorm
in: AcP 158 (1959/60), S. 385-409
zitiert: **BÖTTICHER**, Ausrichtung der Sanktion, in: AcP 158 (1959/60)

- BOLLWEG, Hans-Georg** Gesetzliche Änderungen im Schadensersatzrecht?
in: NZV 2000, S. 185- 189
zitiert: **BOLLWEG**, Schadensersatzrecht, in: NZV 2000
- BOYENS** Die Rechtsanwälte des Reichsgerichts in den ersten 25 Jahren seines Bestehens
in: Sonderheft des Sächsischen Archivs für Deutsches Bürgerliches Recht zum 25jährigen Bestehen des höchsten Deutschen Gerichtshofs, Beilageheft zu Bd. 14., S. 141-152, Leipzig 1904
zitiert: **BOYENS**, Rechtsanwälte des Reichsgerichts (1904)
- BRINZ, Alois** Lehrbuch der Pandekten, 2. Bd., 2. Abtheilung, 2. Aufl., Erlangen 1882
zitiert: **BRINZ**, Pandekten (1882)
- BROCKHAUS** Der Brockhaus in einem Band, 10. Aufl., Leipzig 2003
zitiert: **BROCKHAUS** (2003)
- BÜRGE, Alfons** Das französische Privatrecht im 19. Jahrhundert, Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus, Frankfurt 1991
zitiert: **BÜRGE**, Frz. Privatrecht (1991)

- CAEMMERER, Ernst von Der Privatrechtliche Persönlichkeitsschutz nach
Deutschem Recht
in: Esser/Thieme (Hrsg.), Festschrift für Fritz
von Hippel zum 70. Geburtstag, Tübingen 1967,
S. 27-40
zitiert: V. CAEMMERER, Persönlichkeitsschutz,
in: FS Hippel (1967)
- CAHN, Andreas Einführung in das neue Schadensersatzrecht,
München 2003
zitiert: CAHN, Schadensersatzrecht (2003)
- CANARIS, Claus-Wilhelm Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allge-
meinen Persönlichkeitsrechts
in: Ahrens, Hans-Jürgen (Hrsg.), Festschrift für
Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln 1999,
S. 85-109
zitiert: Canaris, Gewinnabschöpfung (1999)
- CARPZOV, Benedikt Practica nova imperialis Saxonicae Rerum Cri-
minalium, 5. Ausgabe, 1665
- COING, Helmut Europäisches Privatrecht, Band 2, 19. Jh. (1800-
1914), Überblick über die Entwicklung des Pri-
vatrechts in den ehemals gemeinrechtlichen
Ländern, München 1989
zitiert: COING, Europäisches Privatrecht, Bd. 2
(1989)
- COING, Helmut Zur Entwicklung des zivilrechtlichen Persön-
lichkeitsschutzes
in: JZ 1958, S. 558-560

zitiert: COING, Persönlichkeitsschutz, in: JZ 1958

CONRAD, Hermann Preußen und das französische Recht in den Rheinlanden
in: Wolffram, Josef/Klein, Adolf, Recht und Rechtspflege in den Rheinlanden, Festschrift zum 150jährigen Bestehen des Oberlandesgerichts Köln, Köln 1969, S. 78-112
zitiert: CONRAD, Frz. Recht in den Rheinlanden (1969)

CONSTANTINESCO, Léotin-
Jean Die Persönlichkeitsrechte und ihr Schutz im französischen Recht
in: AcP 159 (1960/61), S. 320-344
zitiert: CONSTANTINESCO, Persönlichkeitsrechte (1960)

CROME, Carl Allgemeiner Theil der modernen französischen Privatrechtswissenschaft als Supplement zu den deutschen Lehr- und Handbüchern des Französischen Civilrechts, Mannheim 1892
zitiert: CROME, Allg. Theil (1892)

DÄUBLER, Wolfgang Sachen und Menschen im Schadensrecht
in: NJW 1999, S. 1611-1612
zitiert: DÄUBLER, Schadensrecht, in: NJW 1999

DANIEL, Andreas Gemeines Recht. Eine systematische Einordnung der Rechtsfigur und ihrer Funktion sowie

die Bestimmung der inhaltlichen Probleme aus der Sicht des 18. Jahrhunderts, Berlin, 2003

zitiert: DANIEL, Gemeines Recht (2003)

DAUNER-LIEB, Barbara/

HEIDEL, Thomas/LEPA,

Manfred/RING, Gerhard Anwaltkommentar Schuldrecht, Bonn 2002

zitiert: DAUNER-LIEB/BEARBEITER, Anwaltkommentar (2002)

DAUNER-LIEB, Barbara/

HEIDEL, Thomas/LEPA,

Manfred/RING, Gerhard Das neue Schuldrecht in der anwaltlichen Praxis, Bonn 2002

zitiert: DAUNER-LIEB/BEARBEITER, Schuldrecht (2002)

DEGENKOLB

Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes, Zugleich als kritischer Beitrag zu § 219 des Deutschen Civilgesetzentwurfes

in: AcP 76 (1890), S. 1-88

zitiert: DEGENKOLB, Inhalt des Schadensersatzes (1890)

DERNBURG, Heinrich

Das Obligationenrecht Preußens und des Reichs, 5. Aufl. 1897

zitiert: DERNBURG, Obligationenrecht (1897)

DEUTSCH, Erwin

Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl., Köln 1996

zitiert: DEUTSCH, Haftungsrecht (1996)

- Deutscher Richterbund Bundesregierung will Schadensersatzrecht ändern
in: DRiZ 1998, S. 179-182
zitiert: DRB, Schadensersatzrecht, in: DRiZ 1998
- Deutsches Rechtswörterbuch – DRW-Online
- DIEDERICHSEN, Uwe Zur gesetzlichen Neuordnung des Schuldrechts
in: AcP 182 (1982), S. 101-125
zitiert: DIEDERICHSEN, Neuordnung des Schuldrechts, in: AcP 182 (1982)
- DÖHRING, Erich Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953
zitiert: DÖHRING, Deutsche Rechtspflege (1953)
- DÖLEMEYER, Barbara Kodifikationen und Projekte
in: Coing, Helmut, Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte, 3. Bd.: Das 19. Jahrhundert, 2. Teilband: Gesetzgebung zum allgemeinen Privatrecht und zum Verfahrensrecht, München 198, S. 1440-1625
zitiert: DÖLEMEYER, Kodifikationen (1982)
- DÖLEMEYER, Barbara Nachwort zum Facsimile-Nachdruck der Original-Ausgabe des Code Civil von 1808, 2001, S. 1056 ff.
zitiert: DÖLEMEYER, Nachwort (2001)

- DRESSLER, Wolf-Dieter** Neugewichtung bei den Schadensersatzleistungen für Personen- und Sachschäden?
in: DAR 1996, S. 81-85
zitiert: **DRESSLER**, Neugewichtung bei Schadensersatzleistungen, in: DAR 1996
- ECCIUS, Max Ernst** Die Revisionsinstanz und das Landesrecht nach der Kaiserlichen Verordnung betreffend die Begründung der Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten vom 28. September 1879
in: Gruchot/Rassow/Küntzel, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts in besonderer Beziehung auf das Preußische Recht mit Einschluß des Handels- und Wechselrechts, 24. Jahrgang, Berlin 1880, S. 20-50
zitiert: **ECCIUS**, Revisionsinstanz (1880)
- ELTERLEIN, C. von** Abhandlung über das Schmerzensgeld, Neue Jahrbücher für Sächsisches Strafrecht, 2. Band, 1844, S. 115-138
zitiert: **ELTERLEIN**, Schmerzensgeld (1844)
- ERMAN, Walter** Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, Bd. 1: §§ 1-811 BGB, 11. Aufl., München 2004
zitiert: **ERMAN/BEARBEITER**, BGB (2004)
- ESMEIN** L'originalité du Code Civil
in: Le Code Civil 1804-1904, Livre du Centenaire I., S. 5 ff. 2003
zitiert: **ESMEIN**, L'originalité, LC I.

- ESSER, Joseph Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl., Frankfurt 1972
zitiert: ESSER, Vorverständnis und Methodenwahl (1972)
- FEHRENBACH, Elisabeth Der Kampf um die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten, Wiesbaden 1973
zitiert: FEHRENBACH, Einführung des Code Napoléon (1973)
- FEHRENBACH, Elisabeth Traditionale Gesellschaft und revolutionäres Recht, Die Einführung des Code Napoléon in den Rheinbundstaaten, 2. Aufl., Göttingen 1978
zitiert: FEHRENBACH, Traditionale Gesellschaft (1978)
- FERID, Murad/
SONNENBERGER, Hans
Jürgen Das Französische Zivilrecht, Bd. 1/1, Erster Teil: Allgemeine Lehren des Französischen Zivilrechts: Einführung und Allgemeiner Teil des Zivilrechts, 2. Aufl., Heidelberg 1994
zitiert: FERID/SONNENBERGER, Frz. Zivilrecht (1994)
- FÖRSTER, Franz Preußisches Privatrecht, 2. Bd., 6. Aufl., Berlin 1892
zitiert: FÖRSTER, Preuß. Privatrecht (1892)

- FÖRTSCH, Richard** Vergleichende Darstellung des Code civil und des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Berlin 1899
zitiert: FÖRTSCH, CC und BGB (1899)
- FREISE, Rainer** Überlegungen zur Änderung des Schadensersatzrechts
in: VersR 2001, S. 539-547
zitiert: FREISE, Schadensersatzrecht, in: VersR 2001
- FUCHS, Ernst** Gerechtigkeitswissenschaft, Ausgewählte Schriften zur Freirechtslehre, Karlsruhe 1965, Recht und Wahrheit in unserer heutigen Justiz, S. 65-165
zitiert: FUCHS, Gerechtigkeitswissenschaft (1965)
- GAUDLITZ, Eduard** Über das Schmerzensgeld, besonders nach neuerm königlich sächsischem Recht
in: Zeitschrift für Rechtspflege für das Königreich Sachsen, Neue Folge 4. Bd. 1845, S. 342 ff.
zitiert: GAUDLITZ, Schmerzensgeld, in: Zeitschrift für Rechtspflege, 4. Bd. (1845)
- GEBHART** Das Recht der Schuldverhältnisse im Allgemeinen, verglichen mit den betreffenden Bestimmungen des code civil
in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB, 1890, S. 251 ff.

zitiert: GEBHART, Das Recht der Schuldverhältnisse, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande

GEIß, Karlmann Konfliktbewältigung in Verkehrssachen durch die Justiz
in: DAR 1998, S. 416-424
zitiert: GEIß, Konfliktbewältigung, in: DAR 1998

GENGLER, Heinrich
Gottfried Das deutsche Privatrecht in seinen Grundzügen für Studierende erörtert, 2. Aufl., Erlangen 1859
zitiert: GENGLER, Deutsches Privatrecht (1859)

GENSLER, von Theoretisch-practische Bemerkungen über den Grund, das Objekt und die Gränze, der bei den Injurien vorkommenden aestimatorischen Klage, der Schmerzensgeld-Forderung, und der Klage aus dem Aquilischen Gesetz
in: AcP 1 (1818), S. 143-155
zitiert: GENSLER, Bemerkungen (1818)

Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen, 1856

GIERKE, Otto Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht, Leipzig 1889
zitiert: GIERKE, Entwurf eines BGB (1889)

GIESEN, Dieter Anmerkung zu BGH, Urteil vom 13.10.1992
in: JZ 1993, S. 519-521
zitiert: GIESEN, Anmerkung, in: JZ 1993

GLÜCK, Christian

Friedrich

Ausführliche Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar, 10. Teil, Erlangen 1808

zitiert: GLÜCK, Pandekten (1808)

GODEN, Henning

Consilia Budissinae, 1563

zitiert: GODEN, Consilia (1563)

GÖTHEL, Stephan R.

Zu den Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jahrhundert

in: AcP 205 (2005), S. 36-66

zitiert: GÖTHEL, Funktionen des Schmerzensgeldes im 19. Jh., in: AcP 205 (2005)

GOUNALAKIS, Georgios

Persönlichkeitsschutz und Geldersatz

in: AfP 1998, S. 10-25

zitiert: GOUNALAKIS, Persönlichkeitsschutz, in: AfP 1998

GROSS, J.K.

Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen mit Anmerkungen zum praktischen Gebrauch für sächsische Juristen, 1838

zitiert: GROSS, Criminalgesetzbuch (1838)

GROSS, Norbert

Der Code Civil in Baden: Eine deutsch-französische Rechtsbegegnung und ihr Erbe, 1. Aufl., Baden-Baden 1993

zitiert: GROSS, Der Code Civil in Baden (1993)

GROSS, Norbert

Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger C.F. Müller, Heidelberg 1997

zitiert: GROSS, Der Code Napoléon in Baden und sein Verleger (1997)

- GROSS, Norbert Vom Code Civil zum BGB – eine Spurensuche
in: JZ 2004, S. 1137-1188
zitiert: GROSS, Vom CC zum BGB, in: JZ 2004
- Großherzoglich Badisches Regierungsblatt, Beilage zum 43. Jahrgang 1845
Nr. XV, Karlsruhe 1845
- GRÜNDLER, C.A. Polemik des germanischen Rechts, 2. Teil, 1833
zitiert: GRÜNDLER, Polemik (1833)
- GRÜTZMANN, Paul Lehrbuch des Königlich Sächsischen Privat-
rechts, 1. Bd., Leipzig 1887, 2. Bd., Leipzig 1889
zitiert: GRÜTZMANN, Sächsisches Privatrecht, 1.
Bd. (1887) bzw. 2. Bd. (1889)
- GÜNTHER, Karl Friedrich Die neuen Criminalgesetze für das Königreich
Sachsen, erläutert aus den Landtagsverhand-
lungen von Jahren 1836-1838, 1838
zitiert: GÜNTHER, Criminalgesetze (1838)
- HACKS, Susanne Schmerzensgeld bei schweren und tödlichen
Verletzungen
in: NJW 1975, S. 1450-1452
zitiert: HACKS, Schmerzensgeld, in: NJW 1975
- HARTMANN, G. Der Civilgesetzentwurf, das Aequitätsprincip
und die Richterstellung
in: AcP 73 (1888), S. 309-407
zitiert: HARTMANN, Civilgesetzentwurf (1888)

- Hattenhauer** Die Kritik des Zivilurteils, 1970
zitiert: **Hattenhauer**, Zivilurteil (1970)
- HEFFTER** Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts,
6. Aufl. 1857
zitiert: **HEFFTER**, Strafrecht (1857)
- HELBLING, Julius** Das deutsche und badische Bürgerliche Recht,
Karlsruhe 1900
zitiert: **HELBLING**, Bürgerl. Recht (1900)
- HENRICI, Paul Christian** Das deutsche Reichsgericht
in: Ihering, Rudolf v./Regelsberger,
Ferd./Schröder, Richard, Jahrbücher für die
Dogmatik des heutigen römischen und deut-
schen Privatrechts, Bd. 24, Jena 1886, S. 1-32
zitiert: **HENRICI**, Das deutsche RG (1886)
- HIRSCH, Hans Joachim** Zur Abgrenzung von Strafrecht und Zivilrecht
in: Bockelmann, Paul (Hrsg.), Festschrift für
Karl Engisch zum 70. Geburtstag, Frankfurt
a.M. 1969, S. 304-327
zitiert: **HIRSCH**, Abgrenzung von Strafrecht und
Zivilrecht (1969)
- HOFSTETTER, Rolf** Zur Geschichte des Schmerzensgeldes, Stuttgart
1961
zitiert: **HOFSTETTER**, Geschichte des Schmerzen-
sgeldes (1961)

- HOHLOCH, Gerhard** Empfiehlt sich eine Neufassung der gesetzlichen Regelung des Schadensrechts (§§ 249-255 BGB)?
in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I, Köln 1981, S. 375 ff
zitiert: **HOHLOCH**, Gutachten (1981)
- HOHORST, Gerd/KOCKA, Jürgen/RITTER, Gerhard A.** Sozialgeschichtliches Arbeitsbuch, Materialien zur Statistik des Kaiserreichs 1870-1914, München 1975
zitiert: **HOHORST/KOCKA/RITTER**, Sozialgeschichtliches Arbeitsbuch (1975)
- HOLZSCHUHER, Rudolph Freiherr von** Theorie und Casuistik des gemeinen Civilrechts, 3. Bd. (Obligationenrecht), 3. Aufl., Leipzig 1881
zitiert: **HOLZSCHUHER**, Gemeines Civilrecht (1881)
- HONSELL, Heinrich** Die Funktionen des Schmerzensgeldes
in: VersR 1974, S. 205-207
zitiert: **HONSELL**, Funktionen des Schmerzensgeldes, in: VersR 1974
- HUBER, Christian** Gedanken zum 2. Schadensrechtsänderungsgesetz
in: DAR 2000, S. 20-31
zitiert: **HUBER**, 2. Schadensrechtsänderungsgesetz, in: DAR 2000

- ISELE, Hellmut Georg** Ein halbes Jahrhundert deutsches Bürgerliches Gesetzbuch
in: AcP 150 (1949), S. 1-27
zitiert: **ISELE**, Ein halbes Jahrh. BGB (1949)
- JÖRS, Paul/KUNKEL, Wolfgang** Römisches Privatrecht, 2. Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1949
zitiert: **JÖRS/KUNKEL**, Röm. Privatrecht (1949)
- KADEN, Erich-Hans** Das Reichsgericht und das französische Zivilrecht
in: Schreiber, Otto, Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts (1. Oktober 1929), Zweiter Band: Zivil- und Handelsrecht, Berlin und Leipzig 1929, S. 82-109
zitiert: **KADEN**, RG und frz. Zivilrecht (1929)
- KARCZEWSKI, Christoph** Der Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften
in: VersR 2001, S. 1070-1081
zitiert: **KARCZEWSKI**, Referentenentwurf, in: VersR 2001
- KASER, Max/KNÜTEL, Rolf** Römisches Privatrecht, 17. Aufl., München 2003
zitiert: **KASER/KNÜTEL**, Röm. Privatrecht (2003)

- KERN, Bernd-Rüdiger** Die Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes – ein pönales Element im Schadensrecht?
in: AcP 191 (1991), S. 247-272
zitiert: KERN, Genugtuungsfunktion, in: AcP 191 (1991)
- KLIPPEL, Diethelm** Deutsche Rechts- und Gerichtskarte, Mit einem Orientierungsheft neu herausgegeben und mit einer Einleitung versehen von Diethelm Klippel, Nachdruck der Ausgabe von Th. G. Fischer u. Co., Kassel 1896, Aschaffenburg, 1996
zitiert: Klippel, Deutsche Rechts- und Gerichtskarte (1896)
- KOCH, C. F.** Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten, 1. Theil, 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1853
zitiert: Koch, ALR (1853)
- KÖNDGEN, Johannes** Haftpflichtfunktionen und Immaterialschaden am Beispiel von Schmerzensgeld bei Gefährdungshaftung, Berlin 1976
zitiert: KÖNDGEN, Haftpflichtfunktionen (1976)
- KÖTZ, Hein** Zur Reform der Schmerzensgeldhaftung
in: Festschrift für Ernst von Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 389-409
zitiert: KÖTZ, Reform der Schmerzensgeldhaftung (1978)

- KRUG, August Otto** Kommentar zu dem Strafgesetzbuche für das Königreich Sachsen vom 11. August 1855 und den damit in Verbindung stehenden Gesetzen, Leipzig 1855
zitiert: **KRUG**, Kommentar zum StGB (1855)
- Kur-Badisches Regierungs-Blatt, 4. Jahrgang, Carlsruhe 1806
- LABAND, Paul** Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. I. Abschnitt. Titel 1 bis 3
in: AcP Bd. 73 (1888), S. 161-208
zitiert: **LABAND**, Zum 2. Buch des Entwurfes eines BGB (1888)
- LANGE, Hermann** Handbuch des Schuldrechts, Schadensersatz, 2. Aufl., Tübingen 1990
zitiert: **LANGE**, Schadensersatz (1990)
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm** Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin, Heidelberg 1995
zitiert: **LARENZ/CANARIS**, Methodenlehre (1995)
- LARENZ, Karl/CANARIS, Claus-Wilhelm** Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Bd.: Besonderer Teil, 2. Halbband, 13. Aufl., München 1994
zitiert: **LARENZ/CANARIS**, Schuldrecht (1994)
- LIEBS, Detlef** Römisches Recht, 5. Aufl., Göttingen 1999
zitiert: **LIEBS**, Röm. Recht (1999)

- LISZT, Franz von** Die Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht. Kriminalrechtliche Bedenken gegen den Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich
in: Bekker, Ernst Immanuel/Fischer, Otto (Hrsg.), Beiträge zur Erläuterung und Beurtheilung des Entwurfes eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, 5. Heft, Berlin und Leipzig 1889 (Nachdruck: Glashütten/Taunus 1974)
zitiert: LISZT, Grenzgebiete zwischen Privatrecht und Strafrecht (1889)
- LITYNSKI, Adam** Die Geschichte des Code Napoléon in Polen
in: Schulze, Reiner, Französisches Recht in Europa während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1994, S. 253-269
zitiert: LITYNSKI, Geschichte des Code Napoléon in Polen (1994)
- LOBE, Adolf** Die äußere Geschichte des Reichsgerichts
in: Lobe, Adolf, Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin und Leipzig 1929, S. 1-19
zitiert: LOBE, Die äußere Geschichte des RG (1929)
- LOBE, Adolf** Die innere Organisation des Reichsgerichts
in: Lobe Adolf, Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin und Leipzig 1929, S. 19-57

- zitiert: LOBE, Die innere Organisation des RG (1929)
- LÖWE, Hennig** Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, Berlin 2000
zitiert: LÖWE, Prävention (2000)
- LORENZ, Egon** Immaterieller Schaden und "billige Entschädigung in Geld", Berlin 1981
zitiert: LORENZ, Immaterieller Schaden (1981)
- LORENZ, Egon** Schmerzensgeld für die durch eine unerlaubte Handlung wahrnehmungs- und empfindungsunfähig gewordenen Verletzten?
in: Hanau, Peter (Hrsg.), Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied 1998, S. 261-277
zitiert: LORENZ, Schmerzensgeld, in: FS Wiese (1998)
- MACKE, Peter** Aktuelle Tendenzen bei der Regulierung von Unfallschäden
in: DAR 2000, S. 506-517
zitiert: MACKE, Regulierung von Unfallschäden, in: DAR 2000
- MAIER-REIMER, Georg** Stellungnahme des Zivilrechtsausschusses und des Verkehrsrechtsausschusses zum Entwurf des Zweiten Schdenrechtsänderungsgesetzes
in: AnwBl. 1998, S. 329-330
zitiert: MAIER-REIMER, Stellungnahme, in: AnwBl 1998

- MAREZOLL, Theodor** Das gemeine deutsche Criminalrecht als Grundlage der neueren deutschen Strafgesetzgebungen, Leipzig 1841
zitiert: **MAREZOLL**, Gemeines deutsches Criminalrecht (1841)
- MEDICUS, Dieter** Gesetzliche Änderungen im Schadenersatzrecht?
in: 38. Verkehrsgerichtstag 2000, S. 121-129
zitiert: **MEDICUS**, Schadensersatzrecht (2000)
- MEDICUS, Dieter** Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 15. Aufl., München 2004
zitiert: **MEDICUS**, Schuldrecht I (2004)
- MENGER, Anton** Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 3. Aufl., 1904
zitiert: **MENGER**, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen (1904)
- MERTENS, Hans-Georg** Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB
in: AcP 174 (1974), S. 333-380
zitiert: **MERTENS**, Zivilrechtliche Judikatur des RG, in: AcP 174 (1974)
- MÖLLER, Kristina** Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Zivilsachen, Eine Untersuchung der Zuständigkeit und Organisation des Reichsgerichts sowie seiner Rechtsprechung im 19. Jahrhundert unter besonderer Berücksichtigung der Konkursan-

fechtung, Paderborn, München, Wien, Zürich, 2001

zitiert: MÖLLER, Rechtsprechung des RG in ZS (2001)

MOMMSEN, Theodor

Römisches Strafrecht, Leipzig 1899, unveränderter photomechanischer Nachdruck, Graz 1955

zitiert: MOMMSEN, Römisches Strafrecht (1899)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888

zitiert: Motive, Bd. 2 (1888)

MÜLLER, Eduard

Die ersten 25 Jahre des Reichsgerichts

in: Sonderheft des Sächsischen Archivs für Deutsches Bürgerliches Recht zum 25jährigen Bestehen des höchsten Deutschen Gerichtshofs, Beilageheft zu Bd. 14, S. 1 ff., Leipzig 1904

zitiert: MÜLLER, Die ersten 25 Jahre des RG, in: Sonderheft des Sächsischen Archivs, Beilageheft zu Bd. 14 (1904)

MÜLLER, Gerda

Besonderheiten der Gefährdungshaftung nach dem StVG

in: VersR 1995, S. 489-494

zitiert: MÜLLER, Gefährdungshaftung, in: VersR 1995

- MÜLLER, Gerda** Zum Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung schadenersatzrechtlicher Vorschriften
in: ZRP 1998, S. 258-261
zitiert: **MÜLLER**, Entwurf, in: ZRP 1998
- Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5: Schuldrecht
Besonderer Teil III, §§ 704-847, 3. Aufl. München 1997
zitiert: **MÜKO/BEARBEITER**, BGB, Bd. 5 (1997)
- MUGDAN, Benno** Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Bd., Berlin 1899 *e*
zitiert: **MUGDAN**, Materialien (1899)
- NEHLSSEN-V. STRYCK,**
Karin Schmerzensgeld ohne Genugtuung
in: JZ 1987, S. 119-127
zitiert: **NEHLSSEN-V. STRYCK**, Schmerzensgeld,
in: JZ 1987
- NIXDORF, Wolfgang** Mysterium Schmerzensgeld
in: NZV 1996, S. 89-94
zitiert: **NIXDORF**, Schmerzensgeld, in: NZV 1996
- ODERSKY, Walter** Schmerzensgeld bei Tötung naher Angehöriger, München 1989
zitiert: **ODERSKY**, Schmerzensgeld (1989)
- OSTHELDER** Schadensersatzpflicht wegen unerlaubter Handlungen. Moralischer Schaden. Haftbarkeit der Eltern für Hauskinder. Unmöglichkeit der

Verhinderung der von letzteren begangenen schädigenden Handlungen

in: Puchelt, Bd. 19 (1889), S. 489-496

zitiert: Osthelder, Schadensersatzpflicht, in: Puchelt, Bd. 19 (1889)

PLATENIUS, A.

Grundriß des badischen Landrechts (mit Ausschluß des Obligationenrechts, LRS 1101 ff.). Unter besonderer Berücksichtigung der neueren deutschen Rechtsprechung für Studium und Praxis, Freiburg und Leipzig 1896

zitiert: **PLATENIUS**, Badisches Landrecht (1896)

PRINZ, Matthias

Geldentschädigung bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch Medien

in: NJW 1996, S. 953-958

zitiert: **PRINZ**, Persönlichkeitsrechtsverletzungen, in: NJW 1996

PUCHELT, Sigismund
(später Heinsheimer,
dann Huber)

Zeitschrift für französisches Zivilrecht, Sammlung von civilrechtlichen Entscheidungen der französischen und belgischen Gerichte mit Erläuterungen und Literaturberichten von Sigismund Puchelt (großherzoglich badischem Kreis- und Hofgerichts-Director), I-XXXVIII, Mannheim 1870-1907, Bd. 1-38, 1869-1907

zitiert: **PUCHELT**, Zeitschrift für frz. Zivilrecht, Bd. (Jahr)

PUCHTA, Georg Friedrich Das Gewohnheitsrecht, 1. und 2. Teil (1828 und 1837), Nachdruck 1965

zitiert: **PUCHTA**, Gewohnheitsrecht, Teil (Jahr)

PUCHTA, Georg Friedrich Pandekten, 11. Aufl., 1872

zitiert: **PUCHTA**, Pandekten (1872)

Regierungsblatt für das Königreich Württemberg aus dem Jahre 1839, S. 553-566

Reichstagssitzungsprotokolle www.mdz.bib-bvb.de/digbib/reichstag/

REIFFEL

Ersatz des moralischen Schadens

in: Puchelt, Bd. 20 (1890), S. 691 ff.

zitiert: **REIFFEL**, Ersatz des moralischen Schadens, in: Puchelt, Bd. 20 (1890)

RIEDEL, Martina

Der Ersatz von Nichtvermögensschäden im Vertragsrecht, Eine Analyse des Zweiten Gesetzes zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften unter Berücksichtigung rechtsvergleichender und rechtsökonomischer Aspekte, Bonn 2003

zitiert: **RIEDEL**, Ersatz von Nichtvermögensschäden (2003)

SAVIGNY, Friedrich Carl

von

Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (1814)

in: Stern, Thibaut und Savigny (1959)

zitiert: **SAVIGNY**, Beruf unserer Zeit (1814)

- SCHEFFEN, Erika** Tendenzen bei der Bemessung des Schmerzensgeldes für Verletzungen aus Verkehrsunfällen, ärztlichen Kunstfehlern und Produzentenhaftung
in: ZRP 1999, S. 189-193
zitiert: SCHEFFEN, Bemessung des Schmerzensgeldes, in: ZRP 1999
- SCHEUERMANN, Reimund** Einflüsse der Historischen Rechtsschule auf die oberstrichterliche gemeinrechtliche Zivilrechtspraxis bis zum Jahre 1861, Berlin 1972
zitiert: SCHEUERMANN, Historische Rechtsschule (1972)
- SCHLOSSER, Hans** Grundzüge der Neueren Privatrechtsgeschichte, Rechtsentwicklungen im europäischen Kontext, 9. Aufl., Heidelberg 2001
zitiert: SCHLOSSER, Privatrechtsgeschichte (2001)
- SCHMIDT, Bernhard
Gottlob** Vorlesungen über das in dem Königreiche Sachsen geltende Privatrecht, 1. Bd., Leipzig 1869
zitiert: SCHMIDT, Sächsisches Privatrecht (1869)
- SCHMIDT, Gg.** Das Schadensersatzrecht des Entwurfs
in: Gutachten aus dem Anwaltsstande über die erste Lesung des Entwurfs eines BGB, 1890, S. 1183 ff.

- zitiert: SCHMIDT, Gg., Das Schadensersatzrecht des Entwurfs, in: Gutachten aus dem Anwaltsstande (1890)
- SCHUBERT, Werner Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des Reichsgerichts in Zivilsachen, Inhalt sämtlicher und Wiedergabe von unveröffentlichten Entscheidungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Jahrgänge 1900-1901, Frankfurt 1992
zitiert: SCHUBERT, Sammlung sämtlicher Erkenntnisse des RG in ZS (1992)
- SCHUBERT, Werner Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts, 1977
zitiert: SCHUBERT, Frz. Recht (1977)
- SCHULZE, Reiner Französisches Recht und Europäische Rechtsgeschichte im 19. Jahrhundert,
in: Schulze, Reiner, Französisches Recht in Europa während des 19. Jahrhunderts, Berlin 1994, S. 9-36
zitiert: SCHULZE, Frz. Recht und Europ. Rechtsgeschichte (1994)
- SCHULZE, Reiner/EBERS,
Martin Streitfragen im neuen Schuldrecht,
in: JuS 2004, S. 366-371
zitiert: SCHULZE/EBERS, Neues Schuldrecht, in: JuS 2004

- SCHWERDTNER, Peter** Der zivilrechtliche Persönlichkeitsschutz
in: JuS 1978, S. 289-299
zitiert: SCHWERDTNER, Persönlichkeitsschutz,
in: JuS 1978
- SEITZ, Karl Joseph** Untersuchungen der heutigen Schmerzensgeldklage, Erlangen 1860
zitiert: SEITZ, Schmerzensgeldklage (1860)
- SEITZ, Walter** Prinz und Prinzessin – Wandlungen des Deliktsrechts durch Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit
in: NJW 1996, S. 2848-2850
zitiert: SEITZ, Prinz und Prinzessin, in: NJW 1996
- SENG** Zur Frage der Vergütung nichtökonomischen Schadens aus Delikten. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich
in: Kohler/Ring, Archiv für Bürgerliches Recht, Bd. 5, Berlin 1891, S. 336-379
zitiert: SENG, Vergütung nichtökonomischen Schadens, in: Kohler's Archiv, Bd. 5 (1891)
- SEUFFERT, Johann Adam** Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (ab XII: A. Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten 1847-1944), mehrere Bände, München/Leipzig, 1847-1944, z.B. 13. Band, München 1860
zitiert: SA, Bd. (Jahr), Nr., S.

- SIMONS, Walter** Das Reichsgericht
in: Magnus, Julius, Die Höchsten Gerichte der Welt, Berlin 1929, S. 3-28
zitiert: SIMONS, RG (1929)
- SPIEß, Pirmin** Französisches Recht in Deutschland zu Beginn des 19. Jahrhunderts
in: JuS 1978, S. 869-872
zitiert: SPIEß, Frz. Recht in Deutschland, in: JuS 1978
- Die Chroniken der deutschen Städte vom 14. bis ins 16. Jahrhundert, 14. Band, Göttingen 1877
zitiert: Städtechroniken (1877)
- STAUDINGER, Julius von** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Zweites Buch, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 823-852, 12. Aufl., Berlin 1986
zitiert: STAUDINGER/BEARBEITER, BGB (1986)
- STEFFEN, Erich** Die Aushilfeaufgaben des Schmerzensgeldes
in: Böttcher, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag am 17. Juli 1996, Berlin 1996, S. 723-736
zitiert: STEFFEN, Aushilfeaufgaben des Schmerzensgeldes (1996)
- STERN, Jacques** Thibaut und Savigny. Ein programmatischer Rechtsstreit auf Grund ihrer Schriften, Darmstadt 1959
zitiert: STERN, Thibaut und Savigny

- STOBBE, Otto** Handbuch des Deutschen Privatrechts, 3. Bd., Berlin 1878
zitiert: STOBBE, Deutsches Privatrecht (1878)
- STOLL, Hans** Empfiehlt sich eine Neuregelung der Verpflichtung zum Geldersatz für immaterielle Schaden? Gutachten für den 45. Deutschen Juristentag
in: Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil 1, München 1964
zitiert: STOLL, Gutachten (1964)
- STOLL, Hans** Haftungsfolgen im Bürgerlichen Recht, Heidelberg 1993
zitiert: STOLL, Haftungsfolgen (1993)
- STOLLEIS, Michael** "Innere Reichsgründung" durch Rechtsvereinheitlichung 1866 – 1880
in: Starck, Christian (Hrsg.), Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze – Bedingungen, Ziele, Methoden, Göttingen 1992, S. 15-41
zitiert: STOLLEIS, Innere Reichsgründung (1992)
- STOWASSER, Joseph M.** Stowasser: lateinisch-deutsches Schulwörterbuch, München 1994
- THEEWEN, Eckard M.** Napoléons Anteil am Code Civil, Berlin 1991
zitiert: THEEWEN, Napoléons Anteil (1991)
- TITTMANN, Carl August** Handbuch des gemeinen deutschen Peinlichen Rechts, 1. Teil, Halle 1806
zitiert: TITTMANN, Peinliches Recht (1806)

- UEBEL** Über die Zulässigkeit von Schmerzensgeld nach den Art. 1382 und 1383 BGB
in: Puchelt, Bd. 15 (1884), S. 505-518
zitiert: **UEBEL**, Zulässigkeit von Schmerzensgeld, in: Puchelt, Bd. 15 (1884)
- ULLMANN, Eike** Persönlichkeitsrecht in Lizenz?
in: AfP 1999, S. 209-214
zitiert: **ULLMANN**, Persönlichkeitsrecht in Lizenz?, in: AfP 1999
- WÄCHTER, Carl Georg**
von Die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen nach dem heutigen gemeinen Recht, Leipzig 1874
zitiert: **WÄCHTER**, Die Busse (1874)
- WAGNER, Gerhard** Prominente und Normalbürger im Recht der Persönlichkeitsverletzungen
in: VersR 2000, S. 1305-1310
zitiert: **WAGNER**, Prominente und Normalbürger, in: VersR 2000
- WEBER, Klaus** Das Schmerzensgeld, Kölner masch. geschr. Dissertation, 1955
zitiert: **WEBER**, Schmerzensgeld (1955)
- WEIß, Christian Ernst** Criminalgesetzbuch für das Königreich Sachsen mit erläuternden Bemerkungen zum praktischen Gebrauche, 2. Aufl., Dresden und Leipzig 1848
zitiert: **WEIß**, Criminalgesetzbuch (1848)

- WESEL, Uwe** Geschichte des Rechts, Von den Frühformen bis zur Gegenwart, 2. Aufl., München 2001
zitiert: **WESEL**, Geschichte des Rechts (2001)
- WESENBERG, Gerhard/**
WESENER, Gunter Neuere deutsche Privatrechtsgeschichte im Rahmen der europäischen Rechtsentwicklung, 4. Aufl., Wien, Köln, Graz, 1985
zitiert: **WESENBERG/WESENER**, Neuere Deutsche Privatrechtsgeschichte (1985)
- WIEACKER, Franz** Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Aufl., Göttingen 1967
zitiert: **WIEACKER**, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (1967)
- WIEGAND, Wolfgang** Studien zur Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit, Ebelsbach 1977
zitiert: **WIEGAND**, Rechtsanwendungslehre (1977)
- WIEGAND, Wolfgang** Zur Herkunft und Ausbreitung der Formel "Habere Fundatam Intentionem"
in: Gangnér, Sten, Schlosser, Hans, FS für Hermann Krause, Köln/Wien 1975, S. 126-170
zitiert: **WIEGAND**, Habere Fundatam Intentionem (1975)
- WINDSCHEID, Bernhard** Lehrbuch des Pandektenrechts, 2. Bd., 3. Aufl., 1870, 4. Aufl. 1875
zitiert: **WINDSCHEID**, Pandekten, Aufl. (Jahr)

- WOLF, Erik** Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte, 4. Aufl., Tübingen 1963
zitiert: **WOLF**, Große Rechtsdenker (1963)
- ZACHARIAE VON
LINGENTHAL,**
Karl Salomon Handbuch des Französischen Civilrechts, 7. Aufl. herausgegeben von Heinrich Dreyer, 1. Bd., Heidelberg 1886
zitiert: **ZACHARIAE**, Handbuch (1886)
- ZOEPFL, Heinrich** Die Peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karl's V. nebst der Bamberger und der Brandenburger Halsgerichtsordnung, 2. Aufl., Leipzig und Heidelberg 1876
zitiert: **ZOEPFL**, Peinliche Gerichtsordnung (1876)
- Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurf eines BGB, gefertigt im Reichsjustizamt, 2. Bd., 1890
zitiert: Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen des Reichsjustizamtes, 2. Bd. (1890)
- ZWANZIGER, Bertram** Die Neuregelung des Verbots der Geschlechterdiskriminierung im Arbeitsrecht
in: DB 1998, S. 1330-1333
zitiert: **ZWANZIGER**, Verbot der Geschlechterdiskriminierung, in: DB 1998

Abkürzungsverzeichnis

AcP	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen, Heidelberg 1818 ff.
AfP	Archiv für Presserecht, Düsseldorf 1953 ff.
AnwBl	Anwaltsblatt, Bonn 1926 ff.
Archiv für BürgR	Archiv für bürgerliches Recht, Berlin 1888/89 ff.
Az	Aktenzeichen
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen, Köln, Berlin 1951 ff.
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BT-Drucks.	Bundestags-Drucksache
CC	Code civil
DAR	Deutsches Autorecht, München 1926 ff.
DAV	Deutscher Anwaltsverein

DB	Der Betrieb, Düsseldorf, Frankfurt 1948 ff.
DRB	Deutscher Richterbund
DRiZ	Deutsche Richterzeitung
FS	Festschrift
GRUR	Zeitschrift für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, Weinheim 1892 ff.
JuS	Juristische Schulung, München, Frankfurt 1961 ff.
JZ	Juristenzeitung, Tübingen 1951 ff.
JW	Juristische Wochenschrift, Leipzig, Berlin 1872 ff.
Krit. Vierteljahres- schrift	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft, München 1859 ff.
LC	Livre du Centenaire
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht, Köln, Hamburg 1947 ff
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, München, Frankfurt 1947 ff.
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht, München, Frankfurt 1988 ff.

OAG	Oberappellationsgericht
RG	Reichsgericht
RGBL.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Leipzig 1880 ff.
ROHGE	Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts, Erlangen 1873 ff.
SA	Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, München u.a. 1847 ff.
SZ	Süddeutsche Zeitung
VersR	Versicherungsrecht, Karlsruhe 1970 ff.
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht, München 1993 ff.
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik, München, Frankfurt 1968 ff.
ZS	Zivilsachen